Der Unterhaltsanspruch der Frau während der Ehe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Gustav Wilhelm Becker
Referendar in Leipzig.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Otto Wigand
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1909.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. **Der Anspruch ohne Rücksicht auf das eheliche Güterrecht: §§ 1360, 1361.**

§ 1. A. Der Begriff der Ehe 11
B. Begriff und Umfang des Unterhalts. 14
§ 2. Die Stellung der §§ 1360, 1361 im Gesetze und der ihnen zu Grunde liegende Rechtsgedanke 18
§ 3. Der Regelfall des Zusammenlebens der Gatten. § 1360 21
A. Der speziell eheliche Unterhaltsanspruch 21
B. Die Beziehungen des Gatten- zum Verwandtenunterhaltsanspruche 26
§ 4. Der Sonderfall des Getrenntlebens der Gatten . . . 29
A. Getrenntleben bei rechtlich anerkanntem Grunde: § 1361 29
B. Getrenntleben ohne rechtlich anerkannten Grund . . 41
a) Die Frau } verweigert zu Unrecht die Herstellung
b) Der Mann } des ehelichen Lebens 42

II. **Der Anspruch unter Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts.**

§ 5. Die Bedeutung der Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber seiner Verpflichtung zur Tragung des ehelichen Aufwands 56
A. Begriff und Umfang des ehelichen Aufwands . . . 56
B. Das Verhältnis der Unterhalts- zu den Aufwandsvorschriften 58
§ 6. Die Erfüllung der Unterhaltspflicht und die Gütermassen 60
§ 7. Schutzvorschriften für den Unterhaltsanspruch der Frau 64

Literaturverzeichnis.

A. Kommentare, Lehrbücher, Systeme, Handbücher.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. 4. Aufl. 1903/1904.

Cretschmar, Das Bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Landesgesetzgebung. I. Bd. 1902.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1908.

Davidson, Das Recht der Ehescheidung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. IV. Bd. Familienrecht. Halle 1908.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 8./9. Aufl. Berlin 1908.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. II. Bd. Marburg 1898.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18. August 1896. 6. Aufl. München 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. IV. Bd. Berlin 1897.

Fränkel, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechtes. 1898.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1897.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Bd.: von Schmidt u. a., Familienrecht. München 1907.

Jaeger, Leitfaden zur Vorlesung über Zivilprozeßrecht. Leipzig 1907.

Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Rechte. III. Bd. 1859.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. II. Bd. Berlin 1900.

Kunze, Der Unterhaltsanspruch der ohne Grund verstoßenen Ehefrau (§§ 1360, 1361 B.G.B.). Inaugural-Dissertation. Rostock 1902.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dogmatisches Lehrbuch. Berlin 1904.
Mitteis, Bemerkungen zum ehelichen Güterrecht nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: in Grünhuts Zeitschrift. 16. Bd.
Müller-Meikel, System des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs. II. Bd. München 1904.
Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 4. Aufl. 1905.
Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
Opet und v. Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Familienrecht. Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. IV. Bd. Familienrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.
Rocholl, Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches nebst dem preußischen Ausführungsgesetz vom 20. IX. 99. Berlin 1900.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840.
Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erlangen 1900.
Schmidt-Habicht, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. IV. Bd.
Sohm, Institutionen. 12. Aufl. Leipzig 1905.
Sporleder, Der Unterhaltsanspruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaugural-Dissertation. Rostock 1901.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. II. Bd. Familienrecht. 3./4. Aufl. München 1908.
Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. Leipzig 1860.
Warneyer, Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert durch die Rechtsprechung. 2. Aufl. Leipzig 1908.
Weber, Marianne, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen 1907.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts mit Ausschluß des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts. Teil I. Düsseldorf 1903.

B. Rechtsprechung, Zeitschriften, Sammlungen.

A. Bürg. R., Archiv für Bürgerliches Recht. Herausg. von Kohler u. a. Berlin.
A. Civ. Pr., Archiv für die civilistische Praxis. Herausg. von Franklin u. a. Tübingen und Leipzig.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
D. J. Z., Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband u. a.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. Berlin 1904.
Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart.
Hachenburg, Vorträge, gehalten 1896/97: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
J. D. R., Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Hugo Neumann. Berlin.
J. W., Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Hugo Neumann, Berlin.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel.
Rspr. O.L.G., Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Sächs. Arch., Sächsisches Archiv für deutsches Bürgerliches Recht.
Sörgel, Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

C. Gesetzgebungsmaterialien.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Paragraphenzahlen ohne weiteren Zusatz bedeuten die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Der Anspruch ohne Rücksicht auf das eheliche Güterrecht: §§ 1360, 1361.

§ 1.

A. Der Begriff der Ehe.

Die gestellte Aufgabe verlangt zunächst eine Klarlegung ihrer beiden wesentlichen Inhaltsmerkmale, der Begriffe „Ehe“ und „Unterhalt“.

Was die Begriffsbestimmung der Ehe anlangt, so sieht B.G.B. im Gegensatze zu manchen früheren Rechten[1]) davon ab, eine solche zu geben. Eine Begriffsbestimmung erscheint uns aber erforderlich zur Auslegung der sich auf das rechtliche wie sittliche Verhältnis der Gatten beziehenden Gesetzesbestimmungen, d. h. zur Rekonstruktion des diesen Bestimmungen innewohnenden Gedankens, wie Savigny[2]) treffend sagt. Planck[3]) ist der Ansicht: „grundlegende Einrichtungen wie die Ehe kann und soll der Gesetzgeber nicht definieren“. Dem kann aus dem erwähnten Grunde nicht beigepflichtet werden. Schon die Römer definierten mehrfach den Begriff der Ehe[4]). Wenngleich sie der Ansicht waren: omnis in iure definitio periculosa est, so fügten sie doch hinzu: rarum est enim, ut non subverti possit[5]). Für die Begiffsbestimmung der Ehe im Sinne des B.G.B. hat folgendes zu gelten:

1) L. 1 Dig. de ritu nupt. XXIII, 1; § 1, Inst. I 9; P.L.R. Tl. II Tit. 1 §§ 1, 2.

2) A. a. O. § 33 A. 1. Abschn.

3) A. a. O. Bd. 4 Vorbem. z. 1. Abschn.

4) Vergl. S. 11 Anm. 1.

5) L. 202 Dig. De R.J. 50, 17.

Die Ehe hat nicht allein rechtlichen Charakter, sie untersteht, wie alle Familienverhältnisse, in erster Linie dem Sittengesetze. Ehe im Sinne des Gesetzes ist nicht nur das den gesetzlichen Formerfordernissen entsprechende Rechtsverhältnis. Das Gesetz will vielmehr die Vorteile, die es den durch formrichtige Ehe verbundenen Gatten gewährt, nur unter der stillschweigenden Bedingung gewähren, daß sie ein Eheleben führen, daß den Anforderungen des Sittengesetzes entspricht. Soll doch, wie im Obligationenrecht der Grundsatz von Treu und Glauben, im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe für die Auslegung des Gesetzes und die Beurteilung aller unter den Gatten bestehender Rechtsverhältnisse maßgebend sein[1]). Es läßt sich sonach die Ehe bestimmen als

> die sittliche, für das Leben eingegangene, vom Staate anerkannte und geschützte Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft einer erwachsenen männlichen und weiblichen Person.

a) Ausschlaggebend für die Eheschließung ist in erster Linie wie bei jedem Vertragsverhältnisse die Willensrichtung der Parteien. Die Willenserklärung der Gatten soll unzweideutig und uneingeschränkt dahin gehen, miteinander eine Gemeinschaft für das Leben einzugehen. Die Ehe soll weder von zukünftig eintretenden Umständen abhängig gemacht werden, noch auch an einen bestimmten Zeitraum gebunden sein, d. h. sie duldet weder eine Bedingung noch Befristung[2]). Sie soll ferner dauernd und unlöslich sein. Sie ist „kein kündbarer Vertrag, sondern eine Ordnung, die über den Einzelnen steht und ihren Bestand nicht in dem wechselnden Belieben gründet[3]).

---

1) Mot. IV 104 fg.
2) § 1317 Abs. 2 B.G.B.
3) Trendelenburg zu § 132.

b) Die Ehe soll weiter aber auch eine sittliche Gemeinschaft sein. Von den beiden Naturen, die im Menschen schlummern, soll die geistige, die Wohlgefallen am Sittlichen findet, den Sieg davon tragen über die tierische Natur, die ihn dazu veranlaßt, Verbindungen einzugehen, wie sie dem Tiere eigentümlich sind. Natürliche und sittliche Beziehungen, welche in der Ehe innig verwachsen, vereinigen sich, um die Ehe in der nächsten Verwandtschaft zu verbieten [1]). Widernatürliche Verbindungen duldet das Recht nicht. Ebensowenig duldet es neben der einmal begründeten ehelichen Verbindung eine zweite ihrer Art [2]).

c) Es bleibt schließlich noch, daß die Eheschließung, soll sie rechtlich wirksam sein, staatlicher Anerkennung und gesetzlichen Schutzes bedarf. Nur die unter Mitwirkung der Staatsgewalt in der gesetzlichen Form geschlossene Ehe schützt das Gesetz [3]). Die Ehe bedarf aber auch dieses Schutzes, weil sie selbst für den Staat von größter Bedeutung ist. Sie ist die sittliche Grundlage für die Familie, aus deren Gesamtheiten wiederum der Staat seinen Bestand und seine Zukunft ableitet. Er gewährt ihr durch Gesetzgebung und Rechtspflege rechtliche Dauer, ohne die sie gegen Augenblickslaune eines Gatten nicht

---

1) Im Gegensatze zur Auffassung früherer Zeiten, wo z. B. die Geschwisterehe nicht zu den Seltenheiten gehörte. So war bei den alten Ägyptern, wenigstens in der Herrscherfamilie und bei den angesehensten Geschlechtern die Geschwisterehe nicht nur erlaubt, sondern galt als natürlichste und zweckmäßigste Verbindung, die durch das Vorbild des göttlichen Geschwisterpaares Osiris und Isis noch besonders geweiht war. (Weber S. 93.) — Dagegen beweisen Beispiele der Geschichte, so das Beispiel von dem Geschlechte der Ptolemäer die unheilvollen Folgen einer Ehe zwischen nahen Blutsverwandten. (Trendelenburg zu § 126).

2) §§ 1309, 1326 B.G.B.

3) Staat und Gesetz versagen daher grundsätzlich ihre Anerkennung und ihren Schutz der morganatischen Ehe.

sicher wäre. Er knüpft weiter ihre Eingehung an öffentliche Formen, die eine Übereilung verhüten und besonnenen Willen fördern sollen.[1]).

B. Begriff und Umfang des Unterhalts.

Unter „Unterhalt" versteht man, will man seiner Begriffsbestimmung die grammatische Interpretation zu Grunde legen den Untergrund alles dessen, was beschafft werden muß, damit das Leben einer Person erhalten werden kann.

Den Umfang des Unterhalts kennzeichnet das Gesetz ganz allgemein in § 1610 II mit den Worten: „Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf." Sache des Pflichtigen ist es, dafür zu sorgen, daß es dem Berechtigten an nichts gebricht, was zu seiner Leibes und bezw. Geistes Nahrung und Notdurft gehört[2]). Unzweifelhaft zählt dahin alles der Befriedigung der unmittelbarsten Lebensbedürfnisse Dienende wie Nahrung und Kleidung, Obdach und Heizung.

Daß zur Unterhaltspflicht auch die Verbindlichkeit zur Tragung der Krankheits- und Kurkosten gehört, ist als selbstverständlich im Gesetze nicht besonders hervorgehoben[3]), in der gesamten Literatur überdies auch nicht bestritten[4]) [5]).

---

1) Trendelenburg zu § 124.

2) Schanze, Lehre vom Alimentationsanspruch.

3) Mot. IV 124.

4) Staudinger zu § 1360[3]; Planck zu § 1610[1]; Neumann zu § 1360[a] rechnet auch die Kosten einer von der Frau verschuldeten Krankheit zu den Unterhaltskosten; Scherer S. 64; Schmidt-Habicht zu § 1360.

5) Schon das römische Recht rechnete die Kosten der Heilung und Krankenpflege zu dem nach Ansicht des Paulus dem Begriffe alimenta (cibaria, vestitus et habitatio) gleichgestellten Begriffe victus. Javolenus rechnet sie schon um deswillen mit zu den alimenta, weil von ihnen dasselbe gilt wie von diesen, nämlich quia sine his ali corpus non potest. (l. 234 § 2 Dig. de verb. sign. 16) zit. bei Koch § 197.

Diejenigen Kosten, die einer im Gefängnis Strafe verbüßenden oder in Untersuchungshaft befindlichen Frau während ihres Aufenthaltes daselbst erwachsen sind, fallen, insoweit sie die Höhe des vom Manne der Frau unter normalen Verhältnissen zureichenden Unterhalts nicht übersteigen, ihm auch zur Last [1]). Zum Wenigsten gilt das also von dem durch den Aufenthalt der Frau im Gefängnisse verursachten Verpflegungsaufwand [2]). Das Gesetz geht von der Ansicht aus, daß es das Wesen der Ehe, durch welche die Gatten sich für die guten und schlechten Tage miteinander verbunden haben, mit sich bringe, daß in einem Falle wie dem vorliegenden die Unterhaltspflicht des Mannes keine Änderung erleide [3]). Es entspricht indes der Billigkeit, daß man die Leistung des Mannes um den Betrag kürzt, den die Frau durch Arbeitsleistung im Gefängnisse sich verdient [4]).

Was die Frage anlangt, ob die Kosten eines von der Frau geführten Rechtsstreites als vom Manne zu tragende Kosten des Unterhalts zu gelten haben, so wird sie übereinstimmend verneint [5]). Auch die

---

1) Neumann zu § 1360 b.

2) Planck zu § 1360 3.

3) Mot. IV 124. — Das sächs. G.B. § 1680 ließ die der Frau im Gefängnisse erwachsenen Kosten je nach der Vermögenslage primär die Frau, subsidiär den Mann tragen.

4) So auch Scherer S. 64.

5) Staudinger zu § 1360 3, § 1387 3a; Neumann zu § 1360 c; Planck zu § 1360 3. — „Anders das Pr. A.L.R., das in § 187 II, 1 zum Unterhalte auch die Bezahlung der Prozeßkosten rechnet, als ob es zum täglichen Brot gehöre, Prozesse zu führen. In dieser Ansicht lag insofern Sinn, als die Prozeßkosten zwar nicht zum Lebensunterhalte, aber immerhin doch zur Erhaltung der bisherigen Vermögensstellung der Frau und insofern zu des Leibes Nahrung und Notdurft gehören.“ (Vergl. Eck, II. Bd. S. 399 Anm. 1); so auch Förster-Eccius S. 33.

Motive heben ausdrücklich mehrfach hervor, daß Prozeßkosten begrifflich nicht Unterhaltskosten seien. Die Verpflichtung des Mannes, diese Prozeßkosten zu tragen, lasse sich nicht aus seiner Unterhaltspflicht ableiten, beruhe vielmehr auf den Bestimmungen des ehelichen Güterrechts.

Diese herrschende Auffassung bezüglich aller von der Frau geführter Prozesse uneingeschränkt gelten zu lassen, erscheint bedenklich. Es muß unterschieden werden zwischen Rechtsstreitigkeiten der Frau, die ihre persönlichen Verhältnisse betreffen, und solchen, die ihren Vermögensstand berühren. Die Kosten der letzteren können, da sie wirtschaftlich den Charakter von Aufwendungen zur Erhaltung und zum Schutze des Vermögens haben, wohl nicht zu den Kosten des Unterhalts gerechnet werden [1]). Was aber die Kosten der Personenstandsprozesse der Frau anlangt, können sich bezüglich der — rein theoretischen — Frage ihrer Zugehörigkeit zu den Aufwands- oder zu den Unterhaltskosten Zweifel ergeben. Der Entwurf ist der Ansicht gewesen, daß es streitig sein könne, sie den Unterhaltskosten einzureihen [1]). Man würde sie dazu rechnen, heißt es dort, wenn man den Schutz dieser persönlichen Rechte der Frau, als ein ebenso berechtigtes Bedürfnis ansehen wollte, wie den Unterhalt, der zur Erhaltung der geistigen und körperlichen Gesundheit erforderlich ist. Nach unserer Ansicht ist es nicht unbillig, ihnen denselben Schutz, wie er dem Unterhalt zukommt, angedeihen zu lassen. Diese persönlichen Rechte der Frau sind eng verwandt mit ihrem Unterhaltsrechte. Beide sind zu ihrer Fürsorge und ihrem Schutze gegeben, dieses bezweckt ihre körperliche Erhaltung, jene schützen ihre Lebens-

1) Mot. IV 696.

stellung. Die Pflicht zur Tragung der Kosten solcher personenrechtlicher Prozesse der Frau wird füglich als eine aus der der Unterhaltspflicht des Mannes gleichkommenden Schutzpflicht, aber nicht aus seiner Aufwandspflicht abgeleitete anzusehen sein. Nicht minder werden die vom Manne in einem Passivprozesse der Frau zu tragenden Kosten (ihre eheliche Geburt oder die Berechtigung zur Führung des Adels wird ihr bestritten) vom Gesichtspunkte des Unterhaltes aus — die Erhaltung der Lebensstellung der Gattin steht in Frage — zu dessen Kosten zu rechnen sein.

Etwas anderes gilt von den durch die Verteidigung der Frau in einem Strafverfahren verursachten Kosten, zu deren Erstattung die Frau verpflichtet ist. Diese Kosten stellen sich nach den Motiven[1]) und der heute allgemein herrschenden Ansicht als eine Folge der von der Frau begangenen unerlaubten Handlungen dar und können deshalb dem Unterhaltspflichtigen nicht auferlegt werden. Die Tatsache, daß sie unter Umständen auf Grund des Ehegüterrechts (§ 1387 Z. 2) dem Manne auferlegt werden, rechtfertigt den Rückschluß, daß sie das Gesetz nicht zu den Unterhaltskosten rechnet.

Eine zur Unterhaltspflicht in naher Beziehung stehende Pflicht ist die in § 1615 II erwähnte Pflicht eines Gatten, die Kosten der Beerdigung zu tragen[2]). Einen Bestandteil der Unterhaltspflicht, wie früher vielfach angenommen wurde[3]), und auch aus der ihr vom Gesetze angewiesenen Stellung geschlossen werden könnte, bildet diese Kostentragungspflicht nicht; denn die Gewährung des Unterhalts dient der

1) Mot. IV 124.

2) Hussareck (Grünhuts Zeitschrift Bd. 20 S. 660) nennt ganz treffend beide Pflichten ein Zwillingsgeschwisterpaar.

3) Mot. IV 699; V 535.

Erhaltung einer Person, setzt also deren Leben voraus. Schon um dieser fehlenden Voraussetzung willen darf eine Leistung, wie die hier fragliche Kostentragung nicht mehr zum Inhalt der Unterhaltspflicht gerechnet werden[1]). Die Pflicht, für die Beerdigungskosten aufzukommen, ist eine vom Gesetze zur Rechtspflicht erhobene Anstandspflicht. Sie trifft den Pflichtigen jedoch nur subsidiär d. h. soweit Bezahlung der fraglichen Kosten nicht vom Erben zu erlangen ist. (§ 1968.) Das B.G.B. spricht in § 1615 nur von den Kosten der „Beerdigung". Nach diesem Wortlaute würde die Vorschrift für die neuzeitlich vielfach übliche Art der Bestattung, die Feuerbestattung, nicht zutreffen. Wenn die Motive (IV 699) auch eine Verpflichtung des Gatten, diese Kosten zu tragen, ablehnen, so wird doch der herrschenden Ansicht beizupflichten sein, die den Unterhaltspflichtigen die Kosten einer Feuerbestattung, sofern diese für allgemein zulässig erkannt ist, insoweit tragen lassen will, als er zur Bezahlung der Kosten einer standesmäßigen Beerdigung verpflichtet sei[2]).

§ 2.

Die Stellung der §§ 1360, 1361 im Gesetze und der ihnen zu Grunde liegende Rechtsgedanke.

Aus dem Erfordernisse der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) entspringt für die Gatten die sittliche Verpflichtung, gegenseitig für den nötigen Lebensunterhalt einzustehen. Diese Verpflichtung regeln die §§ 1360, 1361. Sie sind dem 5. Titel des 4. Buchs, überschrieben, „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen",

1) Opet zu § 11.

2) So Staudinger zu § 1615[2c]; Planck zu § 1615[3]; Endemann II § 197[42]; Neumann [3a]; Kuhlenbeck § 43, 6[2].

eingereiht. Damit sind die Wirkungen gemeint, die sich sowohl auf das persönliche wie auf das vermögensrechtliche Verhältnis der Gatten untereinander beziehen. Die personenrechtlichen Beziehungen bilden die Grundlage des 5. Titels, indes regelt dieser Titel auch eine Reihe vermögensrechtlicher Wirkungen, wie sie die Ehe schlechthin mit sich bringt, abgesehen von dem zwischen den Gatten bestehenden Güterstande, für den jeweils besondere Vorschriften bestehen. Die Gattenunterhaltspflicht ist eine solche vermögensrechtliche Wirkung der Ehe.

§§ 1360 und 1361 enthalten, weil die gegenseitige Fürsorgepflicht der Gatten mit dem Wesen der Ehe in so innigem Zusammenhange steht, grundsätzlich zwingendes, der Abänderung durch Vereinbarung der Gatten nicht zugängliches Recht[1] [2]).

Der Rechtsgedanke, der den beiden Vorschriften zu Grunde liegt, ist der: Die Unterhaltsfrage zwischen den Gatten soll eine erschöpfende gesetzliche Regelung finden. Sie soll geregelt werden für den Fall friedlichen Zusammenlebens der Gatten — für die Scheidung bestehen besondere Unterhaltsvorschriften — und für den Zustand, den man als Mittelding zwischen ehelicher Gemeinschaft und Getrenntleben auf Grund richterlicher Scheidung bezeichnen könnte: das Getrenntleben während bestehender Ehe. Dieser Gedanke hat seine Entstehungsgeschichte: Vorbildlich für §§ 1360, 1361 waren die Bestimmungen des Entwurfs zum B.G.B. erster Lesung[3]), die von dem nur dem früheren

---

1) Staudinger, Vorbem. VII z. 5. Titel.

2) Für zwingend wird man diese Vorschriften wohl nur insoweit erachten können, als eine vertragliche Änderung einen dem Wesen der Ehe widersprechenden Zustand begründen würde (Opet Vorbem. z. 5. T.).

3) §§ 1280, 1281 = § 1360 und § 1460 = § 1361.

Rechte bekannten Institute der Trennung der Gatten von Tisch und Bett handelten. War auf eine solche Trennung erkannt, so war damit die Ehe noch nicht gelöst, die gegenseitige Unterhaltspflicht noch nicht erloschen, aber „es mußten die allgemein geltenden Grundsätze für die Unterhaltsreichung mit Rücksicht auf den gestörten Frieden zur Vermeidung neuer Zwistigkeiten der Gatten und im Interesse der Erreichung des Zwecks der Trennung modifiziert werden“ [1]). Das geschah in der Bestimmung des § 1460 [2]). Wie bei Staudinger [3]) ausgeführt, wurden dann diese Vorschriften von der zweiten Kommission auf die Fälle ausgedehnt, in welchen keine häusliche Gemeinschaft zwischen den Gatten besteht und der unterhaltsberechtigte Teil die Herstellung der Gemeinschaft verweigern kann. Die heutige Fassung der §§ 1360, 1361 rührt von der Redaktionskommission her.

Für beide Vorschriften gilt der in § 1360 I ausgesprochene Grundsatz: Der Mann soll der Frau, die Frau dem Manne während der Dauer ihrer Ehe Unterhalt reichen [4]). § 1360 regelt diese Pflicht für den Fall des Zusammenlebens der Gatten, § 1361 für die Fälle, in denen die Gatten getrennt leben und einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und tatsächlich auch verweigert. Das Gesetz läßt aber eine besondere Bestimmung, die eine Regelung der Unterhaltsverhältnisse für den Fall vorsieht, daß die Gatten getrennt leben und einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens zwar nicht verweigern darf, aber doch verweigert, vermissen. Wie

1) Mot. IV 633.

2) § 1460 = § 1361.

3) A. a. O. zu § 1361.

4) Im Sinne der Aufgabe kommt nur der erste Teil dieses Satzes im Folgenden zur Erörterung.

diesem Mangel abzuhelfen ist, soll unten erörtert werden. Vorerst sollen die Fälle behandelt werden, für die das Gesetz Bestimmungen vorgesehen hat.

§ 3.

Der Regelfall des Zusammenlebens der Gatten. § 1360.

A. Der speziell eheliche Unterhaltsanspruch. § 1360 Abs. 1, Abs. 3 S. 1.

Soweit der Unterhaltsanspruch der Frau in Frage kommt, stellt § 1360 I den auch für § 1361 mitgeltenden Grundsatz auf: Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Dieser Grundsatz spricht die wirtschaftliche Konsequenz des durch die Gatten bei der Eheschließung zum Ausdruck gebrachten Willens, eine Gemeinschaft fürs Leben zu gründen, aus: Es wird eine Ehe vernünftigerweise nicht eingegangen werden können, wenn nicht beide Teile die Überzeugung haben, den beiderseitigen Unterhalt beschaffen zu können. Der Grundsatz kennzeichnet weiter aber auch die dem Manne schon nach der Natur der Sache angewiesene Stellung als die eines hauptsächlich erwerbenden Vertreters der Familie.

Das Recht der Frau ist kein absolutes. Seine Voraussetzung ist die Leistungsfähigkeit des Mannes. In der Person der unterhaltsberechtigten Frau stellt das Gesetz besondere Voraussetzungen nicht auf, namentlich verlangt es bei ihr nicht wie beim Unterhaltsanspruche des Mannes (§ 1360 II) und dem des Verwandten (§ 1602) Bedürftigkeit. Die Vermögenslage der Frau bleibt für ihren Anspruch grundsätzlich unbeachtlich. Der Mann kann die Frau weder auf ihr eignes Vermögen noch auf ihre Erwerbstätigkeit ver-

weisen. Auch eine vermögende Frau oder überhaupt eine solche, der selbständige Einnahmequellen zur Verfügung stehen[1]), ist unterhaltsberechtigt. Das Gesetz will durch Aufstellung der 3 Erfordernisse „Lebensstellung", „Vermögen" und „Erwerbsfähigkeit" für die Pflicht des Mannes einen für alle Lebensfälle anzulegenden Maßstab geben. Der erste dieser Begriffe bringt zum Ausdruck, was an Unterhalt grundsätzlich gewährt werden muß, die anderen beiden besagen, was unter den konkreten Verhältnissen gewährt werden kann.

Die Frau wird, da sie durch die Eheschließung die Lebensgefährtin des Mannes wird und seinen Stand zu dem ihren macht, einen „standesmäßigen" Unterhalt beanspruchen dürfen. Dieser „standesmäßige" Unterhalt beurteilt sich nach den wirtschaftlichen und beruflichen Verhältnissen des Mannes unter Berücksichtigung der gesellschaftlich-üblichen Auffassung. Dem Manne steht das Recht zu, seine und seiner Frau Lebenshaltung auf diese standesmäßigen Grenzen zu beschränken, auch wenn er für den Ehestand mit seinen Mitteln einen entsprechend höheren Aufwand machen könnte. Überstandesmäßige Anforderungen der Frau wird er zurückweisen dürfen, ohne sich dadurch eines Rechtsmißbrauches schuldig zu machen. Hingegen würde es Rechtsmißbrauch zu nennen sein, wenn der Mann von seinem Bestimmungsrecht derart Gebrauch machen wollte, daß er die bisher aufwandreichere Lebenshaltung der Frau ohne Veranlassung auf unbillig enge Grenzen herabsetzt.

Weiter kommt als Maßstab für den Umfang der Unterhaltspflicht die durch Vermögen und Erwerbsfähigkeit bedingte Leistungsfähigkeit des Mannes in

---

1) Sächs. O.L.G. 22, 54; 2, 385 zit. b. Warneyer S. 642.

Frage. Unter „Vermögen“ ist nicht allein das Stammvermögen und das Einkommen aus dem Berufe zu verstehen. Die Bedeutung dieses Begriffes liegt wesentlich noch auf güterrechtlichem Gebiete, worauf später noch zurückgekommen werden wird. Darnach sind nämlich zum „Vermögen“ des Mannes noch die Einnahmen zu rechnen, die ihm je nach dem zwischen den Gatten bestehenden Güterstande aus seinem Verwaltungs- und Nutznießungsrechte am Frauenvermögen oder aber aus einem Beitrage der Frau zu den Kosten des ehelichen Aufwands zufließen. Sein Stammvermögen wird der Mann wohl mit Rücksicht auf die Fürsorge, die Frau und Kinder von ihm für die Zukunft zu beanspruchen haben, erst in Augenblicken größten Mißstandes anzugreifen nötig haben. —

In welchen Grenzen sich die „Erwerbsfähigkeit“ des Mannes bewegt, wird von seiner Körper- und Geistesbeschaffenheit sowie seiner beruflichen Ausbildung und der Erwerbsgelegenheit abhängen. Billigerweise wird man ihn bis zu dem Punkte für erwerbsfähig halten, wo seine Tätigkeit seine Lebensstellung zu gefährden beginnt.

Bei Feststellung des Begriffes „Leistungsfähigkeit“ sind drängende Schulden des Mannes zu berücksichtigen, weil, wie im Urteile des O.L.G. Hamburg vom 21. III. 02 ausgeführt wird[1]), „wenn dem Beklagten nicht die Mittel gelassen werden, seine Gläubiger zu befriedigen, zu befürchten steht, daß dieselben gerichtlich gegen ihn vorgehen, es zum Konkurse treiben und ihn in die Gefahr bringen, sein Amt zu verlieren“. Nicht aber geht es an, daß der Mann von seinen Einnahmen dasjenige, was er zu seinem eigenen standesmäßigen Unterhalte braucht, vorweg in Abzug bringt

1) Rspr. O.L.G. 4 S. 404.

und seine Frau auf das noch Verbleibende verweist[1]). Auch entfällt seine Pflicht nicht schon deshalb, weil sein eigner standesmäßiger Unterhalt gefährdet ist. Er muß vielmehr — und darin liegt nach Auffassung der Motive[2]) die sittliche Bedeutung seiner Pflicht — „alles, was er hat, mag es nun für den beiderseitigen standesmäßigen oder nur für den notdürftigen Unterhalt genügen oder selbst für den letzteren nicht völlig ausreichen, mit der Ehefrau teilen". Erfordern es andrerseits die Verhältnisse, so darf der Mann, wenn er nicht bloß den Augenblick, sondern die dauernde Sicherheit der Existenz seiner Familie im Auge hat, einen Teil des zum Unterhalt zu verwendenden Einkommens für zukünftige Notfälle zurücklegen[3]). Dann wird die Frau sich auch mit einem hinter dem standesmäßigen Unterhalte zurückbleibenden Unterhalt begnügen müssen. Sodann erleidet der Maßstab des Standesmäßigen nach Maßgabe des § 1611 I und II eine Beschränkung auf den des Notdürftigen, wenn sich die Frau als der unterhaltfordernde Teil einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Mann berechtigen würde, ihr den Pflichtteil zu entziehen (§ 2335). Besonders trifft dies für den Fall zu, daß der Tatbestand der böslichen Verlassung seitens der Frau vorliegt[4]).

Ändern (vermindern oder erhöhen) sich Lebensstellung, Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Mannes, so ändert sich entsprechend auch der Umfang der Unterhaltspflicht, da dieser als eine feststehende Größe nicht angesehen werden kann. Das trifft sowohl dann zu, wenn die Unterhaltsleistung vertragsmäßig

1) Cosack § 291, III c; so auch Recht XII. Jhrg. Nr. 22 S. 623.

2) Mot. IV 123.

3) Mot. IV 123.

4) Süßheim: „Die böswillige Verlassung des Ehegatten und ihre Rechtsfolgen nach B.G.B." im Arch. Civ. Pr. Bd. 41 n. F.

bedungen, als auch, wenn sie bereits durch Richterspruch festgesetzt ist. Der Mann kann darnach Herabsetzung, die Frau Erhöhung der Unterhaltsleistungen, nötigenfalls entsprechende Änderung des früheren Urteils im Wege der Klage verlangen (§ 323 I C.P.O.).

Wird der Mann vermögenslos oder erwerbsunfähig, so hört naturgemäß seine Verpflichtung für die Dauer des unvermögenden Zustandes auf, setzt aber von neuem ein, sobald dieser Zustand behoben ist.

Die Art und Weise der Unterhaltsreichung im Falle des Zusammenlebens der Gatten ist die „durch die eheliche Gemeinschaft gebotene". Es wäre unangebracht, aus dieser Ausdrucksweise zu folgern, daß darunter im strengen Gegensatze zu der im § 1361 erwähnten „Geldrente" nur Naturalleistung zu verstehen sei. Die Worte des Gesetzes „in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise" stellen überhaupt nicht einen Rechtsbegriff auf und wollen vor allen Dingen damit nicht einen Gegensatz zur Geldalimentation aufstellen. „Der Mann hat seine Frau so zu unterhalten, wie es die Umstände des Falles, besonders die nicht im Widerspruche mit seiner berechtigten Bestimmung stehende Art und Weise ihres Lebens mit sich bringen, also durch Gewährung des Unterhalts in Natur oder in Geld je nach Gelegenheit und Gegenstand [1]). Es besteht für den Mann regelmäßig keine Verpflichtung, der Frau den Unterhalt durch Entrichten einer Geldrente zu gewähren und sie auf diese Weise in den Stand zu setzen, außerhalb der Ehewohnung zu leben [2]). Das Regelmäßige und dem von den Gatten geführten gemeinsamen Hausstande Entsprechende wird natürlich die Reichung des Unterhalts in natura sein.

---

1) Sächs. Arch. Bd. 13 S. 250.

2) Entsch. d. R.G. vom 14. XI. 07 im Recht XII. Jhrg. Nr. 1 S. 15.

Geldrente wird ausnahmsweise dort zu gewähren sein, wo das Zusammenleben der Gatten durch eine nicht im Willen der Frau liegende zeitlich begrenzte Trennung eine Unterbrechung erfährt (Aufenthalt der Frau im Gefängnis, Krankenhaus usw.), Geldleistungen kleinerer Art[1]), wie sie die täglichen Bedürfnisse erfordern, lassen sich mit dem Wortlaute des Gesetzes wohl vereinbaren.

B. Die Beziehungen des Gatten- zum Verwandtenunterhaltsanspruch. (§ 1360 Abs. 3 S. 2).

Gatten- und Verwandtenunterhaltsanspruch sind vom Gesetze unter verschiedenen Voraussetzungen gesondert behandelt. Der Grund für diese Sonderbehandlung ist in dem verschiedenen Charakter des Zugehörigkeitsverhältnisses, in dem die Gatten einerseits und die Verwandten andrerseits zueinander stehen, zu suchen. Die Ehe, die anders wie die Verwandtschaft ihr Entstehen einer Willenserklärung zu verdanken hat, wird vom Gesetze als das engere, innigere von beiden Personenverhältnissen betrachtet. Dementsprechend ist auch das gegenseitige Fürsorgeverhältnis der Gatten besonders innig gestaltet. Immerhin lehnt sich diese Gestaltung, wie aus § 1360 III S. 2 hervorgeht, in starkem Maße an die Vorschriften des Verwandtenunterhalts an.

a) § 1360 III will zunächst den § 1605 entsprechend angewendet wissen. Darnach kommt, soweit die Unterhaltspflicht eines minderjährigen Kindes seinen Verwandten gegenüber davon abhängt, daß es zur Gewährung des Unterhalts imstande ist, die elterliche Nutznießung am Kindesvermögen nicht in Betracht. Die Erwähnung der Minderjährigkeit in § 1605 läßt

1) Taschen- und Wirtschaftsgeld.

eine Verwertung dieser Vorschrift nur für die unterhaltspflichtige Frau zu, die Vorschrift kann also für die Behandlung des Unterhaltsanspruches der Frau nicht von Bedeutung sein.

b) Durch die Verweisung auf § 1613 wird anerkannt, daß eine Geltendmachung des Anspruchs seitens des berechtigten Gatten für die Vergangenheit ausgeschlossen ist, weil der Zweck der Unterhaltsreichung die Erhaltung des Daseins des Berechtigten ist, dieser Zweck aber nur für die Gegenwart und die Zukunft erfüllt werden kann. Ausnahmsweise ist aber der Gatte zur Geltendmachung rückständiger Unterhaltsleistungen befugt, insofern er für den Fall des Verzugs des Pflichtigen und bei Rechtshängigkeit seines Anspruchs Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

c) Ein Verzicht eines Gatten auf seinen Anspruch für die Zukunft, der sowohl ausdrücklich erklärt, als in jeder Vereinbarung erblickt werden kann, die das vom Berechtigten gesetzlich zu fordernde Mindestmaß des Unterhalts beschränkt, wird nach § 1614 I mit Rücksicht auf eine möglicherweise eintretende Belastung der öffentlichen Armenpflege für unzulässig erklärt. Demgegenüber vermag auch die Vorschrift des § 1432, wonach die Gatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag regeln können, den Gatten eine abweichende Befugnis, wie Cretschmar[1]) meint, nicht zu geben.

Was die „entsprechende Anwendung“ des § 1614 II auf § 1360 anlangt, so können sich, soweit eine Vorausleistung des Unterhalts seitens des Mannes in Betracht kommt, nach dem Wortlaute der Vorschrift Zweifel ergeben. § 1614 II sagt nämlich, daß der Verpflichtete

1) A. a. O. zu § 1360.

durch eine Vorausleistung bei „erneuter Bedürftigkeit“ des Berechtigten nur für den Zeitabschnitt des § 760 II bezw. einen den Umständen nach angemessenen Zeitabschnitt befreit werde. Darnach wird also eine nochmalige Leistung von der „erneuten Bedürftigkeit“ des Berechtigten abhängig gemacht. Die Voraussetzung der Bedürftigkeit ist nun wohl für den Unterhaltsanspruch des Verwandten (§ 1602 I) oder den des Mannes (§ 1360 II) gegeben, für den der Frau wird sie aber durch die Fassung des § 1360 I ausdrücklich nicht gefordert. Die Ablehnung des Gedankens, daß die Frau erst bedürftig sein müsse, um Unterhalt fordern zu können, beruht teils auf dem engen, sittlichen, zwischen den Gatten bestehenden Verhältnisse, teils auch auf der Pflicht des Mannes, der den Unterhalt mit umfassenden ehelichen Aufwand zu tragen. Eine „entsprechende Anwendung“ des § 1614 II würde dazu führen, daß die Frau, nachdem sie vom Manne Vorausleistung erhalten hat, nach dem Ablaufe eines der beiden genannten Zeitabschnitte abermals Unterhalt fordern kann, ohne daß sie ihre „erneute Bedürftigkeit“ zu beweisen braucht. Ist die Frau nun selbst im Besitze ausreichender Mittel, so würde diese Folgerung eine unleugbare Härte für den Mann mit sich bringen. Beim Getrenntleben der Gatten gibt das Gesetz durch die Billigkeitsvorschrift des § 1361 II dem angerufenen Richter die Handhabe, ein nochmaliges Unterhaltsverlangen der Frau zurückzuweisen. § 1360 wird jedoch von dieser Billigkeitsvorschrift nicht berührt, und so erscheint uns für diesen Fall von einer „entsprechenden Anwendung“ des § 1614 II nur bezüglich des neuerlichen Unterhaltsanspruches des Mannes, nicht aber des der Frau die Rede zu sein [1]).

---

1) So auch Cosack § 291 III e.

Wieruszowski (S. 124) will unter der „erneuten Bedürftigkeit“ nur eine spätere Bedürftigkeit verstanden haben: die Unterhaltspflicht des Mannes werde zwar durch eine Vorausleistung nicht beseitigt, verwandle sich aber in eine reine Unterstützungspflicht für den Fall, daß die Frau außer stande ist, sich selbst zu erhalten.

d) Auf Grund des Hinweises auf § 1615 erlischt der Unterhaltsanspruch mit dem Tode, sowohl des berechtigten wie verpflichteten Gatten. Eine Ausnahme hiervon greift insoweit Platz, als der Anspruch auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung gerichtet ist.

§ 4.

Der Sonderfall des Getrenntlebens der Gatten.

A. Getrenntleben bei rechtlich anerkanntem Grunde § 1361.

§ 1361 lautet: „Leben die Ehegatten getrennt, so ist, solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren ...“

Mit der in den Eingangsworten aufgestellten Hypothese will der Gesetzgeber nur die Tatsache des Getrenntlebens feststellen [1]). Er mißt der Frage, welche

---

1) Stillschweigende Voraussetzung ist jedoch, daß dies Getrenntleben nicht auf einem außerhalb des ehelichen Verhältnisses liegenden Grunde beruht. Es sind sonach die Fälle, wo die Trennung unfreiwillig erfolgt oder doch wenigstens auf zwingende Notwendigkeit gegründet ist, nicht unter § 1361 zu rechnen: ein Gatte verbüßt beispielsweise Freiheitsstrafe oder hält sich zeitweilig im Krankenhause auf oder ist gezwungen, eine Auslandsreise zu unternehmen. In diesen Fällen wird man besser von einem „unterbrochenen Zusammenleben“ als einem „gewollten Getrenntleben“ sprechen können.

Beweggründe die Gatten zur Trennung veranlaßten und auf welcher Seite die Schuld an der Trennung zu suchen ist, ob auf der des unterhaltsberechtigten oder des anderen Teiles, keine rechtliche Bedeutung bei: für die Anwendbarkeit des § 1361 ist sonach die Schuldfrage bedeutungslos[1][2]). Erforderlich und genügend ist die tatsächliche, auf den Fortbestand der Ehe an sich einflußlose Trennung, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, ohne daß etwa das rechtliche Band der Ehe im Wege der Scheidung durch Urteil gelöst oder die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß § 1575 B.G.B. eingetreten ist. Hierfür spricht schon die dem § 1361 zugedachte Stellung im 5. Titel des 4. Buches. Für die vermögensrechtlichen Beziehungen der Gatten nach erfolgter Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gibt es besondere Vorschriften in einem besonderen Titel. Überdies spricht die Entstehungsgeschichte des § 1361 dafür, daß hier nur ein tatsächliches, den Bestand der Ehe nicht berührendes Getrenntsein der Gatten gemeint sein kann. Der Sinn des § 1361 nämlich entspricht vollkommen dem des § 1460 des 1. Entwurfes des B.G.B. Dieser § 1460 regelt aber die Unterhaltsverbindlichkeit der Gatten mit Rücksicht auf die im § 1444 des 1. Entwurfes ausgesprochene zeitweilige Trennung der Gatten von Tisch und Bett. Dies Institut war jedoch nur ein Mittel, die Lösung der Ehe zu vermeiden. In § 1361 findet es sich dem Sinne nach,

---

1) Wieruszowski S. 74; Seuff. Arch. 56 S. 309 zit. bei Cretschmar zu § 1361; Dernburg, Fam.R. § 30 I.

2) Das frühere württembergische Recht ließ abweichend von der Praxis des gemeinen Rechts sowie des sächs. B.G.B. die Schuldfrage nicht unbeachtlich: es verpflichtete den Mann zur Unterhaltsleistung während der Trennung nur, wenn er schuld an der Trennung war. Zit. bei Haidlen zu § 1361.

wenn auch in etwas veränderter Form, wieder. Das B.G.B. glaubte den gegen eine Scheidung gerichteten Gewissensbedenken der katholischen Staatsbürger Rechnung zu tragen [1]), wenn es eine Bestimmung fand, die ein Getrenntleben der Gatten gestattete, ohne daß die Ehe geschieden zu werden brauchte.

Außer diesem tatsächlichen Getrenntleben stellt das Gesetz die weiteren Voraussetzungen auf, daß einer der Gatten — gleichviel ob der unterhaltsberechtigte oder -verpflichtete Teil [2]) — aber auch nur für die Dauer der tatsächlichen Trennung („solange") die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und tatsächlich auch verweigert. Dafür, daß sich dies „Verweigerndürfen" und das tatsächliche „Verweigern" in ein und derselben Person eines Gatten vereinigen müssen, daß es also für die Anwendbarkeit des § 1361 nicht zureicht, wenn der eine Gatte zur Verweigerung berechtigt ist, der andere aber ohne diese Befugnis das Zusammenleben verweigert, sprechen unzweideutig Wortlaut und Sinn des Gesetzes.

Angenommen, daß in den folgenden Ausführungen die Frau als der Unterhalt zu fordernde Teil anzusehen ist, so bedarf es zunächst der Beantwortung der beiden Fragen:

I. Wann darf die Frau die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern? und

II. Wann verweigert sie diese tatsächlich?

Zu I: § 1361 gibt eine Antwort auf diese Frage nicht. Er läßt es dahingestellt sein, unter welchen Voraussetzungen die Frau sich der häuslichen Gemeinschaft mit dem Manne zu entziehen berechtigt ist.

---

1) Davidsohn, Recht der Ehescheidung, S. 108 und 109.

2) Vergl. Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift. Rspr. O.L.G. 4. Bd. S. 84.

Es wird also nötig sein, diese Voraussetzung aus anderweiten Gesetzesbestimmungen zusammenzustellen:

a) Das Nächste ist, den für alle persönlichen Verhältnisse der Gatten grundlegenden § 1353 zur Betrachtung heranzuziehen. § 1353 I lautet: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet“. Diese Verpflichtung des einen Gatten braucht indes nach Abs. 2 der Vorschrift dann nicht zu bestehen, wenn sich das Verlangen des anderen Teiles nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn der sich weigernde Gatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen.

α) Ob ein Rechtsmißbrauch vorliegt, hat im Streitfalle der Richter nach freiem Ermessen zu prüfen. Eine auch nur annähernd erschöpfende Aufzählung aller Rechtsmißbrauchfälle ist ausgeschlossen. Das Entscheidende für alle Fälle ist, ob mit Rücksicht auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gatten, sowie mit Rücksicht auf das sittliche Wesen der Ehe [1]) der sich weigernden Frau ein Zusammenleben mit dem Manne zugemutet werden kann [2]). Treffend hat sich auch Planck [3]) in der Beratung des Gesetzes im Reichstage geäußert, daß es sich um ein mißbräuchliches Verlangen handele, „sobald eine Entscheidung des Mannes mit der rechten ehelichen Gesinnung im Widerspruch stehe; die Frau sei nicht verpflichtet, einer Entscheidung des Mannes zu folgen, von der man sagen müsse, daß sie der Mann bei der rechten Liebe nicht getroffen haben würde.“

Der Richter wird weiterhin zu berücksichtigen haben, daß für den Begriff „Rechtsmißbrauch“ ein

1) Vergl. die Begriffsbestimmung der Ehe.
2) Hörle, A., Bürg. R. Bd. 31, 115.
3) Stenographische Berichte der Beratung im Reichstage S. 198.

doppelter Maßstab anzulegen ist: ein objektiver, das Wesen der Ehe schlechthin berücksichtigender, und ein subjektiver, der der konkreten Lebensauffassung der Gatten entspricht: dem einen erscheint als Mißbrauch, was der andere als solchen nicht empfindet. Hervorgehoben sei hier noch der im Gesetze besonders erwähnte Fall (§ 1354 II), wonach die Frau nicht verpflichtet ist, der Entscheidung des Mannes — insbesondere Wohnort und Wohnung betreffend — Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt: wenn also beispielsweise der Mann seinen Wohnsitz nach einem Orte, wo sich ein eheliches Zusammenleben in ordentlicher Weise überhaupt nicht ermöglichen läßt, verlegt oder in einer den Ehebedürfnissen nicht genügenden Behausung Wohnung genommen hat[1]).

β) Wann die Frau das Recht hat, auf Scheidung anzutragen, hat das Gesetz in den §§ 1565—1569 ausdrücklich aufgezählt. Den Scheidungsgrund des § 1569 (Geisteskrankheit) auch als einen Verweigerungsgrund im Sinne des § 1361 zuzulassen, erscheint bedenklich. Die Vorschrift des § 1353 II S. 2 nimmt ihn zwar nicht ausdrücklich aus, es wird aber in der gesamten Literatur mit geringen Ausnahmen der Mangel einer entsprechenden Beschränkung des § 1353 damit begründet, daß die Scheidung wegen Geisteskrankheit erst in dritter Lesung vom Reichstage zugelassen und dabei übersehen worden ist, daß diese Zulassung eine Einschränkung des letzten Satzes von § 1353 notwendig erfordere[2]).

---

1) Enneccerus § 88 B 1; Wieruszowski S. 75.

2) Dernburg, Fam. R. § 30 I. Für die Einschränkung im genannten Sinne sind noch Planck (zu § 1353); Rocholl (S. 100); Opet (zu § 1353); a. A. Staudinger (zu § 1353).

Das Weigerungsrecht der Frau wegen eines Scheidungsgrundes ist aber zeitlich beschränkt. Wie das Recht, auf Scheidung zu klagen, geht auch das Recht, auf die tatsächliche Trennung, d. h. das Verweigerungsrecht verloren, wenn die sechsmonatige Frist des § 1571 für die Erhebung der Scheidungsklage außer acht gelassen wird. Diese Frist beginnt, wenn die scheidungsberechtigte Frau von ihrem Manne entweder zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft oder zur Erhebung der Scheidungsklage aufgefordert worden ist. Fortan stellt sich ein etwa geltend zu machendes Recht des Mannes auf Herstellung nicht mehr als ein mißbräuchliches Verlangen dar.

b) Die Tatbestände des § 1353 aber sind es nicht allein, die einen Gatten zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigen können. Es kann auch durch richterliche Anordnung eine Befugnis zum Getrenntleben begründet werden. Es ist nämlich möglich, daß während eines Rechtsstreits, der die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe zum Gegenstande hat, gemäß § 627 C.P.O. auf Antrag eines Gatten durch einstweilige Verfügung das Getrenntleben der Ehegatten vorläufig gestattet wird. Auf welcher Seite der Gatten ein berechtigter Trennungs- und Weigerungsgrund liegt und ob überhaupt ein solcher vorhanden ist, muß zunächst dahingestellt bleiben. Jedenfalls soll der klagende Teil, den schon die bestehenden Zwistigkeiten naturgemäß zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zwingen, vorläufig die Ehegemeinschaft auch verweigern dürfen.

c) Schließlich bleibt noch die Frage zu prüfen, ob eine im beiderseitigen Einverständnisse der Gatten erfolgte Trennung der Frau ein Recht auf Weigerung des neuerlichen Zusammenlebens zu gewähren vermag.

Diese Frage wird von Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 1361.

Planck[1]) vertritt die Ansicht, es sei durchaus nicht immer notwendig, daß ein solches Recht von den Parteien unter Anrufen des Richters erkämpft werden müsse, seine Grundlage sei vielmehr schon in der übereinstimmenden Willenserklärung der Gatten, getrennt zu leben, zu sehen; § 1361 könne auf einen solchen Fall unbedenklich Anwendung finden.

Die entgegengesetzte Meinung[2]) geht dahin, daß die Frau „aus der Vereinbarung des Getrenntlebens schlechthin ein Recht zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft nicht herleiten könne, weil jene Vereinbarung gegen die guten Sitten verstoße, und deshalb als nichtig anzusehen sei“[3]); folgerichtig ist sonach für die entsprechende Anwendung des § 1361 kein Raum.

Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Weshalb soll es den Gatten in einem Falle, wo ihnen wegen gänzlichen Mißverstehens ein Zusammensein zur Qual wird, wo aber andrerseits religiöse Bedenken sie vor der Auflösung der Ehe im Wege der Scheidung zurückschrecken lassen, nicht gestattet sein, in der Vereinbarung, einstweilen getrennt zu leben, einen Ausweg zu wählen, und so den Tatbestand des § 1361 herzustellen?[4])

---

1) A. a. O. zu § 1361.

2) Wieruszowski S. 77.

3) Auch Rocholl (S. 103) glaubt nicht, daß ein zwischen den Gatten geschlossener Vertrag eine solche Verweigerungsbefugnis zu geben vermag, jedoch nicht schlechthin wegen Nichtigkeit solchen Vertrages, sondern weil ein solcher mit dem Geiste und dem Zusammenhange der Bestimmungen des B.G.B. unvereinbar erscheine. Ähnlich Förster-Eccius S. 33.

4) Bejahend die Entscheidung des R.G. v. 11. 12. 05, wonach einer von ihrem Manne mit dessen Zustimmung getrennt lebenden Frau

Man wird wohl folgendes behaupten dürfen: der Frau darf ein Weigerungsrecht auf Grund vereinbarter Trennung schon aus dem Grunde der Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung nicht abgesprochen werden. Die Vereinbarung an sich ist zulässig und rechtsgültig, allerdings, wie man annehmen muß, ein stillschweigend auflösend bedingtes Rechtsgeschäft: auflösend bedingt nämlich durch den Umstand, daß der Mann von seinem Rechte, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen — ein Recht, das geltend zu machen ihm jederzeit frei steht, weil hierauf für die Zukunft nicht verzichtet werden kann — Gebrauch macht. Dieses auf zwingender Vorschrift beruhende Recht ist stärker als jene auf Parteivereinbarung begründete Befugnis. Verlangt der Mann die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, so wird eine weitere Weigerung der Frau unberechtigt erscheinen müssen [1]). In diesem Sinne will auch Planck verstanden sein [2]).

Zu II: Wann verweigert die Frau die Herstellung des ehelichen Lebens?

Liegt die Veranlassung zur Trennung in ihrem Willen und gibt sie bei der Trennung dem Manne unzweideutig zu erkennen, daß sie fortan die Gemeinschaft mit ihm entbehren wolle, so bedarf es eines besonderen Nachweises der „Verweigerung“ durch die Frau nicht mehr. Für diesen Fall erscheint die von Staudinger [3]) und anderen zum Begriffe „Verweigerung“ notwendig geforderte, vorherige vergebliche Aufforde-

---

das Recht auf Gewährung einer Unterhaltsrente gemäß § 1361 zuzugestehen ist (zit. bei Sörgel, 7. Jahrg. 1905).

1) Neumann zu § 1361$^{2a\gamma}$; Fischer-Henle zu § 1361.

2) So auch Cretschmar zu § 1361: Eine Vereinbarung der Eheleute, getrennt zu leben, kommt nur solange in Betracht, als der Ehemann diesen Zustand bestehen lassen will.

3) Staudinger zu § 1360^{4d}; Opet zu § 1360.

rung des Mannes zur Rückkehr entbehrlich. Von dem Vorhandensein einer solchen vergeblichen Aufforderung schlechthin die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1361 abhängig zu machen [1]), kann nicht die Absicht des Gesetzes sein. Anders verhält es sich in den Fällen, wo der Mann die Trennung herbeigeführt hat: er hat beispielsweise die Frau grundlos verstoßen, oder hat sie in der gemeinschaftlichen Wohnung allein gelassen. Hier kann von einer Weigerung der Frau erst gesprochen werden, wenn ihr eine dahingehende Willenskundgebung nachgewiesen worden ist. Wenn sie in der ersten Zeit nach der Trennung Annäherungsversuche an den Mann unterläßt, — es brauchen ihr solche mit Recht nicht zugemutet zu werden [2]) — so erbringt dieser Umstand noch nicht den Nachweis dafür, daß sie die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert. Sie kann diese trotzdem innerlich wollen. Gewißheit über ihre Haltung kann in diesem Falle nur ihre Erwiderung auf die Aufforderung des Mannes zur Rückkehr bieten. Lehnt sie ein Entgegenkommen des Mannes ab, das jeden Zweifel an seiner redlichen Absicht und seiner Fähigkeit, den vor der Trennung zwischen den Gatten bestehenden Zustand herzustellen, ausschließt, so kann ihre Weigerung als feststehend gelten. Das Entscheidende für die Weigerung der Frau ist in jedem Falle der von ihr in unzweideutiger Weise zu erkennen gegebene Wille.

Sind die soeben besprochenen Voraussetzungen erfüllt, so ist der Unterhalt durch Entrichten einer Geldrente zu gewähren, die sich nach dem im § 1360 I aufgestellten Grundsatz bemißt. Diese besondere Art der Unterhaltsreichung erklärt sich aus der Natur des

---

1) Staudinger zu § 1361 [2b].

2) E. d. R.G. v. 4. V. 1891 b. Bolze XII 521.

Verhältnisses der Gatten zu einander: der Frau soll nicht zugemutet werden, in jedem einzelnen Falle den von ihr getrennt lebenden Mann um Natural- oder Einzelgeldleistungen anzugehen, aber auch der Mann soll einem solchen Begehren nicht zu entsprechen brauchen. Daher bestimmt das Gesetz und zwar in zwingender Weise, daß er der Frau zu ihrem Lebensbedarf einen Teil seines Einkommens in Form regelmäßig wiederkehrender, fester Geldleistungen überläßt, ihr also eine Geldrente gewährt. Die Rente soll eben eine Ablösung aller die Lebensbedürfnisse der Frau befriedigenden Einzelleistungen durch eine festbestimmte, wiederkehrende Gesamtleistung sein. Eine einmalige Gesamtleistung etwa in Form einer Kapitalabfindung, wie sie unter Umständen die geschiedene Frau von dem Manne gemäß § 1580 verlangen kann, ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Wiedervereinigung der Gatten sowie auf die infolge leichtsinnigen Verbrauches der Frau eintretende Verpflichtung des Mannes zu erneuter bez. nochmaliger Leistung nicht zweckmäßig, vom Gesetzgeber auch nicht gewollt.

Solange der Richter nicht angerufen wird, die Höhe der Rente nach eigenem Ermessen zu bestimmen, tut dies der Mann als der, obwohl unterhaltspflichtige, so doch durch das Gesetz zur Entscheidung berufene Teil. Auch einer Festsetzung durch Vereinbarung der Gatten steht, sofern die gesetzlichen Mindestforderungen dabei berücksichtigt werden, nichts im Wege. Auf die Rente findet die Vorschrift des § 760 Anwendung: sie ist jedesmal auf 3 Monate vorauszuzahlen. Es steht aber auch einer Vorauszahlung für einen größeren Zeitabschnitt an sich nichts im Wege: Der Mann ist z. B. Angehöriger einer Seemacht und steht vor einer längeren Auslandsreise. Die Bezugnahme auf § 760

ergibt aber weiter noch, daß der Frau, sobald sie den Beginn des dreimonatigen Zeitabschnittes erlebt hat, der volle auf diesen Zeitabschnitt entfallende Betrag gebührt.

Wesentlich abweichend von der Unterhaltsgewährung nach § 1360 III ist nun aber die weitere Vorschrift des § 1361, wonach dem Manne neben seiner Verbindlichkeit zur Geldrentenzahlung die Verpflichtung obliegt, der Frau die zur Führung eines abgesonderten Haushaltes erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte zum Gebrauche herauszugeben, es sei denn, daß diese Sachen für ihn unentbehrlich sind oder daß sich solche Sachen in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen befinden. Das Gesetz geht bei dieser Bestimmung von der Erwägung aus, daß die unter den Voraussetzungen des § 1361 I S. 1 von ihrem Manne getrennt lebende Frau ein Recht darauf hat, mit Unterstützung des Mannes einen selbständigen Haushalt zu führen. Zur Verwirklichung dieses Rechts hat die Frau die Wahl, ob sie die Einrichtung dieses Haushaltes verlangt oder ob sie sich durch eine entsprechende Erhöhung der nach § 1361 I S. 1 zu zahlenden Geldrente für die Herausgabe der Sachen abfinden läßt. Dem Manne ist eine Wahl hinsichtlich seiner Verpflichtung nicht gelassen, für ihn ist die Herausgabevorschrift eine zwingende. Er kann den Herausgabeanspruch der Frau nicht mit dem Angebote einer entsprechenden Geldleistung abwenden. Er muß sich aber auch fügen, wenn die Frau trotz seiner Bereitwilligkeit zur Herausgabe den Geldersatzanspruch wählt.

Zur Begründung des Klaganspruches auf Herausgabe genügt es, wenn die Frau den Nachweis erbringt, daß die Sachen im gemeinschaftlichen Haushalte sich befanden und zur Zeit noch im Besitze des Mannes

sind. Nicht oder nicht mehr vorhandene Haushaltungsgegenstände neu anzuschaffen, macht das Gesetz dem Manne nicht zur Pflicht[1]). Der Anspruch der Frau geht lediglich auf Verschaffung zum Gebrauche, ist also ein obligatorischer. An den bisherigen Eigentumsverhältnissen der beanspruchten Sachen ändert sich nichts. Es ist einerlei, ob sie ganz oder zum Teil dem Manne oder der Frau gehören. Es verbleibt auch weiterhin bei den Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, wonach die Sachen beim gesetzlichen Güterstande der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung unterliegen oder bei den Gütergemeinschaften zum Eingebrachten oder dem Gesamtgut gehören.

Dem Herausgabeanspruch der Frau kann der Mann entgegenhalten:

1. Daß die geforderten Sachen für ihn d. i. für seinen Haushalt unentbehrlich seien. Wann das der Fall ist, bleibt Tatfrage. Eine Herausgabeverweigerung aus diesem Gesichtspunkte befreit ihn aber nach dem oben Gesagten nicht von der Verpflichtung, ihr die Geldmittel zur Beschaffung oder wenigstens doch zur Ermietung der Sachen zu geben[2]). Ist im gemeinschaftlichen Haushalte ein für beide Gatten unentbehrlicher Gegenstand nur einmal vorhanden, so wird man nach dem Wortlaute des Gesetzes „für ihn entbehrlich" den Mann zur Innebehaltung des Gegenstandes für berechtigt halten müssen.

2. Daß sich solche Sachen wie die geforderten in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen (Vorbehaltsgut) befinden. In solchem Falle ist es das Natürliche und Angemessenere, daß die Frau sich zunächst an ihre eigenen Sachen hält.

---

1) Rspr. O.L.G. 7, 45.

2) Wieruszowski S. 85; Schmidt-Habicht zu § 1361.

Nach Abs. 3 des § 1361 können sowohl die Rentenzahlungs- wie die Herausgabepflicht des Mannes gänzlich wegfallen oder sich auf Zahlung eines Beitrages beschränken, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Gatten der Billigkeit[1]) entspricht. Entscheidend für die Vorschrift war die Rücksicht, daß der Mann bei dem Getrenntleben von seiner Frau deren Tätigkeit in seinem Haushalte und Geschäfte entbehren muß, daß die Gewährung des Unterhalts außerhalb der ehelichen Gemeinschaft mehr Kosten verursacht und daß endlich das der freien Verfügung der Frau unterliegende Vermögen und der Erwerb aus ihrer Arbeit große Erträgnisse abwerfen kann, während die Einkünfte des Mannes auf Grund der Nutznießung am Frauenvermögen möglicherweise nur geringe sind[2]). Der Wortlaut der Vorschrift „Zahlung eines Beitrags“ läßt auch eine Abänderung der bisherigen Fälligkeitstermine zu, da es sich nicht mehr um eine regelmäßig wiederkehrende Leistung handelt.

B. Getrenntleben ohne rechtlich anerkannten Grund.

Leben die Gatten getrennt und verweigert einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens, ohne dazu berechtigt zu sein, mangelt es also an einer der im § 1361 geforderten Voraussetzungen, so ist für die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches der Frau

---

1) Was „Billigkeit“ ist, sagt das Gesetz ausdrücklich nicht. Der Ausdruck enthält für den Richter aber immerhin eine Norm, nämlich die gewohnheitsrechtliche Norm des Gesellschaftlich-Üblichen.

2) Mot. IV 634.

zu unterscheiden, ob die Frau oder der Mann die Herstellung verweigert [1]).

a) Ist die Frau der grundlos verweigernde Teil, verletzt sie also durch eigenes Verschulden eine zu ihren Gunsten bestehende Rechtsvorschrift, so soll sie auch billigerweise die Folgen ihres Tuns zu tragen haben und der ihr vom Gesetze gebotenen Vorteile fortan nicht mehr teilhaftig sein. Das ist der Fall, wenn eine Frau eigenmächtig und ohne triftigen Grund ihrem Manne davonläuft, bei ihren Eltern Aufnahme findet und trotz aller Versprechungen des Mannes, sie unbeschadet aller Rechte in die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen, sich beharrlich weigert, zurückzukehren. Sie kann, da ihr ein Anspruch aus § 1361 mangels gesetzlicher Voraussetzung nicht zusteht, während der Dauer ihrer unrechtmäßigen Verweigerung vom Manne Unterhalt überhaupt nicht beanspruchen [2]). Es liegt auch kein Grund vor, ihr auf andere Weise zu einem Versorgungsanspruche gegen den Mann zu verhelfen.

b) Anders dort, wo der Mann sich mit Unrecht und zwar gegen den Willen [3]) der Frau der Herstellung des ehelichen Lebens widersetzt: wir wählen hier das Beispiel, daß der Mann die Frau ohne Grund verlassen oder sie aus dem Hause getrieben hat und ihr, die eine Wiedervereinigung mit dem Gatten begehrt, die

---

1) Die Frau ist hier nur als der berechtigte, der Mann nur als der verpflichtete Teil zu denken.

2) Mot. IV 637.

3) Ist hingegen die Frau bei eigenmächtiger und widerrechtlicher Aufhebung der Häuslichkeit durch den Mann willens, von der ihr in solchem Falle (vergl. J. W. 02 Beil. 215) nach § 1353 II zustehenden Verweigerungsbefugnis Gebrauch zu machen, so ist natürlich § 1361 anwendbar (vergl. auch Schmidt, daselbst in Hölders Kommentar zum B.G.B. 4 S. 169.)

Aufnahme in die eheliche Wohnung verweigert. Für diesen so häufig praktisch werdenden Fall läßt das Gesetz eine Sonderbestimmung, die zweckmäßig dem § 1361 gefolgt wäre, vermissen. Wohl nicht mit Unrecht wird man hier von einer Lücke im Gesetze sprechen dürfen. Denn es ist augenscheinlich, daß der Wortlaut des Gesetzes, der für die Auslegung zunächst in Frage kommt, eine Unterstellung des gedachten Falles unter § 1361 nicht zuläßt, daß aber auch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1360 wegen des mangelnden Erfordernisses des Zusammenlebens der Gatten Not leidet. Nun kann es aber zweifellos nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, der Ehefrau deshalb den Anspruch auf Unterhalt gegen den Mann zu versagen, weil es an den für die einschlagenden beiden Paragraphen vorgesehenen Voraussetzungen fehlt, die Frau somit also einer bloßen Willkürhandlung des Mannes preiszugeben. Es kann nicht angehen, daß der Mann, dessen vornehmliche Pflicht es ist, für den Unterhalt seiner Frau aufzukommen, solange er durch rechtsgültige Ehe mit ihr verbunden ist, sich dieser Pflicht dadurch entziehen kann, daß er durch seine grundlose Weigerung, die Frau bei sich aufzunehmen, willkürlich einen Zustand schafft, der der Herrschaft des Gesetzes entzogen ist. Ist er schon unterhaltspflichtig, wenn die Frau ein Recht hat, nicht mehr mit ihm zusammen zu leben, und von diesem Rechte Gebrauch macht, um wieviel mehr besteht dann eine Fürsorgepflicht für ihn, wenn die Frau zwar dies Recht hat, jedoch freiwillig auf dessen Nichtausübung verzichtet? Ein Schutz der Frau wird hier sonach zu einer sittlichen und rechtlichen Notwendigkeit. Es entsteht die Frage: Wie ist ihr solcher zu gewähren? Wie ist also für die Lücke im Gesetz Ersatz zu schaffen?

Literatur und Rechtsprechung haben mehrfach versucht, der Frau einen Unterhaltsanspruch oder einen diesem praktisch gleichkommenden Anspruch auf Geldzahlung für diesen Fall zu gewähren. Man hat ihn aus verschiedenen Gesetzesvorschriften abzuleiten gesucht. Es fehlt aber auch nicht an Meinungen, die der Frau bei der angenommenen Sachlage einen Anspruch auf Unterhalt nicht zugestehen wollen. Es mögen hier die verschiedenen Ansichten und die Erörterung dessen, was für und wider sie spricht, folgen:

1. Wieruszowski [1]) schließt seine Untersuchungen über „die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches aus § 1361“ mit dem Urteil ab, daß „getrennt lebende Gatten nur dann von der Unterhaltspflicht des § 1361 befreit sind, wenn der unterhaltsberechtigte Gatte sich wider den Willen des unterhaltspflichtigen Teiles und grundlos der Herstellung des ehelichen Lebens widersetzt.“ Er gibt damit zu, daß es für den umgekehrten Fall, wenn der unterhaltspflichtige Gatte wider den Willen des anderen grundlos die Herstellung verweigert, bei der Vorschrift des § 1361 verbleibt. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden. Eine solche ausdehnende Auslegung des § 1361, wie sie stillscheigend aus dem von Wieruszowski Gesagten hervorgeht, widerspricht dem klaren Wortlaute der Vorschrift und kann nicht anerkannt werden.

2. Seiner Abhandlung „Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau“, legt Davidsohn [2]) den oben gewählten Tatbestand zu Grunde: Eine Frau ist von ihrem Manne ohne rechtlichen Grund verlassen; er verweigert unbefugt die Herstellung des ehelichen

1) A. a. O. S. 74—79.
2) D.J.Z. VI. Jhrg. Nr. 48 S. 91.

Lebens; sie klagt gegen ihn auf Herstellung und zugleich auf Gewährung der zur Führung eines selbständigen Haushaltes erforderlichen Mittel. Davidsohn kommt bei der Untersuchung dieser Sachlage zu dem Ergebnis: Der Frau ist der begehrte Geldanspruch aus § 1361 zu geben.

Er sucht für das gewählte Beispiel den Tatbestand des § 1361 künstlich zu schaffen und geht bei diesem Versuche zum Teil von einer falschen Auffassung aus. Beizustimmen ist ihm zunächst, wenn er sagt, daß der Frau bei dem gekennzeichneten Verhalten des Mannes gemäß § 1353 II das Recht zusteht, die Gemeinschaft des Mannes auf solange zu meiden, als er sich nicht unzweideutig zu ihrer Aufnahme in diese Gemeinschaft bereit erkläre. Das allein genügt aber nicht. Wie schon oben erwähnt, ist es nötig, daß die Frau von ihrem Rechte auch Gebrauch machen will und tatsächlich Gebrauch macht, wenn sie aus § 1361 klagen will. Solchen Willen bekundet sie aber keineswegs, wenn sie auf Herstellung des ehelichen Lebens klagt. Davidsohn dagegen ist der Ansicht, daß die Frau ihren Weigerungswillen dadurch deutlich zu erkennen gäbe, daß sie vom Manne die zur Führung eines gesonderten Haushaltes erforderlichen Mittel verlange. Das trifft aber nicht zu. Zu einem solchen Verlangen entschließt sich die Frau eben doch nur, weil ihr bei der Unmöglichkeit, sich selbst zu erhalten, ein anderer Weg nicht offen steht. Will sie fortan die Gemeinschaft mit dem Manne meiden, so wird sie diesen ihren Willen bei dem Verlangen mit zum Ausdruck bringen müssen. Davidsohn fährt nun weiter fort: „Ein entgegengesetzter Wille der Frau, oder gar ein Verzicht auf die Ausübung jenes ihr zustehenden Rechts kann auch nicht etwa aus der gleichzeitigen Erhebung der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft

gefolgert werden, die nichts weiter als die Vorbereitung der Scheidungsklage aus § 1567 bezwecke.“ Entgegengesetzter Meinung ist Eccius[1]), der ausführt, daß in der Klage der Frau auf Herstellung keinesfalls eine Weigerung der ehelichen Gemeinschaft enthalten sei, selbst dann nicht, wenn die Frau dabei an künftige Scheidung denkt.

Wir kommen sonach mit Eccius zu dem Schlusse, daß ein Unterhaltsanspruch aus § 1361 nicht begründet erscheint.

3. In eingehender Untersuchung behandelt Kunze die Frage nach dem „Unterhaltsanspruch der ohne Grund verlassenen Ehefrau“. Seiner Abhandlung legt er unseren Tatbestand zu Grunde. Er entscheidet die Frage dahin, daß, da nun einmal § 1361 der verlassenen Ehefrau nicht zu statten kommen könne, auf die Regelbestimmung des § 1360 zurückgegriffen werden und aus dieser Vorschrift für die Frau ein Unterhaltsanspruch in Form einer Geldrente abgeleitet werden müsse. Er weist den Gedanken zurück, „als sei die Anwendbarkeit des § 1360 auf den Regelfall des Zusammenlebens der Gatten zu beschränken und für andere Fälle, welche sich auch nicht dem § 1361 unterstellen lassen, abzuschneiden“. Seine Meinung geht dahin:

I. Für § 1360 sei keineswegs Voraussetzung, daß die Gatten in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben; diese Vorschrift umfasse vielmehr auch Fälle tatsächlichen Getrenntlebens; in § 1361 sei nur einer dieser Fälle — an bestimmte Voraussetzungen geknüpft — ausdrücklich geordnet; soweit der jeweilige Tatbestand sich dieser Vorschrift mangels einer

---

1) D.J.Z. VI. Jhrg. Nr. 5 S. 110.

Voraussetzung nicht einreihen lasse, müsse § 1360 abhelfen.

II. Wenn übrigens in § 1360 III ausgesprochen sei, daß der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren sei, so könne darunter nicht nur Naturalleistung, sondern auch je nach Lage des Falles Gewährung einer Geldrente zu verstehen sein. Aus den Behauptungen unter I und II folgert er sodann, daß es zulässig sei, für den unterstellten Fall der Frau eine Geldrente aus § 1360 III zu gewähren. — Dafür zunächst, daß § 1360 eine andere Auslegung als unter I nicht erfahren dürfe, sprechen nach seiner Ansicht die Motive zu § 1280 des 1. Entwurfes des B.G.B.[1]). Dort sei gesagt, daß die Unterhaltspflicht des Mannes für den Fall fortzudauern habe, daß die Frau in einem Krankenhause weilen oder „durch staatlichen Zwang ein begangenes Unrecht in einer Strafanstalt sühnen müsse und demgemäß dem häuslichen Zusammenleben entzogen sei". Auch die Literatur[2]) habe sich dieser Auffassung der Motive größtenteils angeschlossen.

Dem sei entgegengehalten: An sich soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es tatsächlich Fälle von Getrenntleben der Gatten gibt, die nach § 1360 zu beurteilen sind, daß diese Vorschrift also nicht schlechthin auf den Fall des Zusammenlebens zu beschränken ist; es soll weiter auch nicht bestritten werden, daß die Art der Unterhaltsreichung nach § 1360 III die Geldrente sein kann. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß der Tatbestand, wie er hier gewählt ist, ein solcher nach § 1360 zu beurteilender Fall des Ge-

1) Mugdan S. 68.

2) Kunze zitiert: Jakobi S. 75; Enneccerus-Lehmann 2. Bd. S. 82; Wieruszowski S. 93; Rocholl S. 95; Planck S. 91.

trenntlebens ist. Kunze scheint ganz übersehen zu haben, daß für die Fälle des Getrenntlebens ein Unterschied zu machen ist, ob die Trennung auf dem freien Willen wenigstens eines der Gatten beruht (sogen. „gewolltes Getrenntleben“ z. B. Verlassen, Verstoßen des einen Gatten durch den andern) oder ob sie unfreiwillig eintritt bezw. einem äußeren Zwange oder einer Notwendigkeit folgt (sogen. „unterbrochenes Zusammenleben“ z. B. Aufenthalt eines Gatten im Krankenhause, Gefängnis oder notwendiger Aufenthalt im Auslande)[1]. Unser Tatbestand befaßt sich mit einem Falle „gewollten Getrenntlebens“; die von Kunze zum Beweise seiner Darstellung herangezogenen Stellen der Motive und der Literatur aber haben die Fälle „unterbrochenen Zusammenlebens“ zum Gegenstand. In dem ersten Falle kann auch von einer Lebensgemeinschaft, wie solche § 1360 zur Voraussetzung hat, nicht mehr die Rede sein. Sehr richtig wird daher im „Recht“[2] ausgeführt: „Ein Anspruch auf Unterhaltsgewährung in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise ist nur im Rahmen einer noch bestehenden — mindestens noch nicht gänzlich aufgehobenen — Lebensgemeinschaft gegeben. Er ist daher schon dann ausgeschlossen, wenn bei nicht bestehender Lebensgemeinschaft die Herstellung derselben seitens des in Anspruch Genommenen verweigert wird.“

Auch was weiter die von Kunze für seine Schlußfolgerung aus I und II herangezogene Entscheidung des R.G. vom 19. November 1900[3] anlangt, welche einer von ihrem Manne verlassenen Frau für ihren

---

1) Vergl. auch oben § 4 A Anm. 1.
2) 8. Jhrg. 1904 S. 529.
3) Beil. zur D.J.Z. von 1901 Nr. 7.

Unterhalt eine Geldleistung des Ehemanns zubilligt und dabei auf § 1360 Bezug nimmt, so kann der Versuch, wie dieses Urteil den § 1360 auslegt, als stichhaltig wohl nicht anerkannt werden. Es widerstreitet zunächst den Auslegungsregeln, daß man eine für den Fall des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft ausdrücklich gegebene Gesetzesbestimmung auf den Fall des „gewollten Getrenntlebens" im oben erörterten Sinne anwendet. Weiter kommt aber das Bedenken auf, daß im Falle der Anwendung des § 1360 auf den gegebenen Tatbestand daraus nur folgen würde, daß der Unterhalt in natura und außerhalb der ehelichen Gemeinschaft zu erfolgen hat — ein für beide Teile unwirtschaftliches und kaum durchführbares Verfahren, — daß aber nicht daraus die Verpflichtung zur Gewährung einer Geldrente gefolgert werden darf [1]).

Nach diesen Feststellungen muß es abgelehnt werden, den § 1360 zum Schutze der grundlos verlassenen Frau heranzuziehen.

4. Denselben Standpunkt wie Kunze vertreten im Grundsatze auch Schmidt-Habicht [2]), Fischer-Henle [2]), Neumann [2]) und Hörle [3]). Sie sind auch der Ansicht, daß im unterstellten Falle über die Unterhaltspflicht nicht § 1361, sondern § 1360 zu entscheiden habe, folgern nun aber — abweichend von Kunze —, da der Unterhalt gemäß § 1360 III in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise — nach ihrer Ansicht nur in natura — gewährt werde, daß eine Unterhaltsleistung schlechthin unterbleiben müsse, es sei denn eine solche zwischen den Gatten vertrags-

1) So auch Crome S. 252.
2) A. a. O. zu § 1361.
3) Im A. Bürg. R. Bd. 31 S. 165.

mäßig bedungen. An dieser Auffassung erscheint uns zunächst nicht richtig, daß die Unterhaltsreichung nach § 1360 III schlechthin nur die Naturalverpflegung sein solle; wie bereits ausgeführt, ist die Leistung einer Geldrente für den Fall des „unterbrochenen Zusammenlebens“ wohl zulässig. Im übrigen muß die Anwendung des § 1360 für den unterstellten Fall aus den bereits oben angeführten Gründen abgelehnt werden. Praktisch führt überdies die vertretene Ansicht dazu, daß bei dem Unterbleiben der Unterhaltsreichung die öffentliche Armenpflege in erhöhtem Grade in Anspruch genommen wird. Solange aber der Ehemann überhaupt imstande ist, seine Frau zu unterhalten, soll der Staat mit deren Erhaltung nicht unnötig belastet werden.

5. Man hat weiter versucht, für die Lücke im Gesetz Ersatz zu schaffen und zwar dadurch, daß man für die Frau durch Verbindung von § 1360 bezw. § 1613 mit § 284 einen Schadensersatzanspruch konstruierte, der dem Anspruche aus § 1361 praktisch gleichkommen sollte. Diesen Versuch macht Eccius in seiner Erwiderungsabhandlung[1]) auf die schon erwähnten Ausführungen Davidsohns. Dort sagt er: Sei auch der grundlos verstoßenen Frau, der der Mann den Unterhalt vorenthalte, nach dem Wortlaute des Gesetzes ein Anspruch aus § 1361 nicht zu geben, so schließe dieser Mangel das nach § 1360 bestehende Recht der Frau, von ihrem Manne den Unterhalt in der häuslichen Gemeinschaft zu verlangen, nicht aus. „Von dem Augenblicke an“, so fährt er fort, „wo die vom Manne ausgewiesene Frau ihn mit der Erfüllung der Unterhaltspflicht in der häuslichen Gemeinschaft in

1) D.J.Z. VI. Bd. 1901 Nr. 5. In wesentlicher Übereinstimmung hiermit: Planck § 1361[5].

Verzug gesetzt hat, steht ihr wie bei jeder anderen schuldhaft nicht erfüllten Verbindlichkeit der Schadensersatzanspruch zu (§ 1613). Ob aber der Schadensersatz für die verweigerte Alimentationspflicht bis zur Hebung der Weigerung durch eine vorweg zahlbare Rente zu gewähren ist, steht in richterlichem Ermessen". — Es besteht an sich kein Bedenken, den § 1613 zur Aushilfe heranzuziehen, um einen, wie Eccius meint, vom § 1361 unberücksichtigt gelassenen, aus schuldhafter Pflichtverletzung entspringenden Entschädigungsanspruch der Frau zu schaffen. Es fragt sich nur, ob mit der Herstellung eines solchen Anspruches der Frau im unterstellten Falle ein ausreichender Schutz zu teil wird. Sie kann den Anspruch nach § 1613 nur für die Vergangenheit geltend machen. Seine Form ist die einer Geldforderung nach Maßgabe des § 251, da eine Befriedigung von Bedürfnissen für die Vergangenheit der Natur der Sache nach unmöglich ist[1]). (In praeteritum non vivitur.)

Geht man nun aber von der Auffassung aus, daß einer verstoßenen, auf sich allein angewiesenen Frau, die überdies jeder Existenzmittel bar und in Ungewißheit über ihre künftige Aufnahme bei ihrem Manne ist, ausreichender Schutz nur dadurch gewährt werden kann, daß sie auch für die Zukunft (bis zu ihrer Aufnahme oder aber endgültigen Lösung der Ehe) und zwar durch einen im Voraus auf einen bestimmten Zeitraum — nötigenfalls wiederkehrend — zu zahlenden festen Geldbetrag sicher gestellt wird, damit sie nicht etwa dem Hungertode oder der öffentlichen Armenpflege anheimfalle, erwägt man dagegen andrerseits, daß ein Schadensersatzanspruch, dessen Inhalt sich nur auf die Vergangenheit beziehen kann — denn

1) Mot. IV 705.

der Schaden muß erst entstanden sein, bevor der Anspruch auf seinen Ersatz geltend gemacht werden kann —, der Frau im bedürftigen Augenblicke, dem Zeitpunkte der Trennung vom Manne, einen solchen Schutz nicht zu bieten vermag, so kann das Ergebnis, zu dem Eccius kommt, wirtschaftlich betrachtet, als ein befriedigendes in dem von uns erstrebten Sinne nicht anerkannt werden. Selbst wenn die Frau ihren Anspruch auf den Schadensersatz, der ihr in Zukunft entsteht, mit der Klage aus § 258 C.P.O. geltend machen wollte, so würde diese Klage doch an einem wesentlichen Klagerfordernisse, dem genauen Sachantrage, Mangel leiden, da die Höhe des in Zukunft entstehenden Schadens mit Rücksicht auf die Ungewißheit des Zeitpunktes der Aufnahme der Frau durch den Mann auch nicht annähernd beziffert werden könnte.

6. Aus demselben Grunde erweist sich die von David[1]) vertretene Ansicht als unbefriedigend. David billigt der Frau einen Geldanspruch zu, nach Maßgabe des § 1361, und zwar als einen solchen auf Ersatzleistung für den Schaden, der ihr aus schuldhafter Leistungsverzögerung des Mannes gemäß § 1360 entstanden ist. „Dem fortdauernden Bedürfnisse entsprechend müsse diese Ersatzleistung in Form der Rentenzahlung erfüllt werden". — Solange die Höhe des erwachsenden Schadens feststeht, soll auch einer Rentenzahlung die Berechtigung nicht aberkannt werden. Die Höhe des Schadens aber wird sich mit Rücksicht auf den Wechsel der jeweiligen Bedürfnisse schwerlich so festsetzen lassen, daß unbillige Härten für beide Teile der Gatten vermieden werden.

Soviel von den verschiedenen Versuchen, der ohne Grund verstoßenen Frau zu einem Unterhalts-

1) „Recht" Jahrg. 1900 Nr. 9.

anspruche zu verhelfen. Es soll schließlich noch untersucht werden, ob sich nicht auf Grund anderer als der bisher herangezogenen Vorschriften ein Weg finden läßt, der zum Ziele führt. Auch uns erscheint, wie oben erwähnt, ein Anspruch der Frau auf eine Geldrente begründet und zwar aus der Erwägung heraus, daß der Mann erst recht eine Geldrente zahlen muß, wenn er unbegründet die Aufnahme der Frau verweigert, da er hierzu selbst dann verpflichtet ist, wenn er sie verweigern darf[1]) und daß die Frau im Falle unberechtigter Aufnahmeverweigerung seitens des Mannes nicht ungünstiger gestellt sein darf als im Falle berechtigten Verweigerns. Dieser Billigkeitsgrundsatz bedarf indes noch der Rechtfertigung durch Bestimmungen des Gesetzes: Eine Klage der Frau auf Zahlung einer Geldrente, gestützt auf § 1361 oder § 1360, erscheint uns nicht begründet. Scheidungsklage, bei der die Frau die Möglickkeit hätte, für die Dauer des Scheidungsprozesses eine Regelung ihres Unterhaltsanspruches im Wege einstweiliger Verfügung gemäß § 627 C.P.O. zu erzielen, will sie im unterstellten Falle nicht anstrengen. Sie erstrebt im Gegenteil gerade die Beendigung des Getrenntlebens. Es liegt nun der Gedanke nahe, ob nicht auch für den Fall, daß die Frau dieses ihr Begehren gegen den Mann klagweise geltend macht, ihr bezüglich der Regelung ihres Unterhaltsanspruches wenigstens für die Dauer eines daraus folgenden Rechtsstreites ein ähnlicher Schutz, wie ihn § 627 C.P.O. vorsieht, zu gewähren ist. Beendigung des Getrenntlebens kann sie im Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gemäß § 1353 I erreichen. Aus der Fassung des § 627 C.P.O. erhellt aber, daß in einem zur Durchführung

1) D.J.Z. 1901 S. 91; Rspr. O.L.G. 2, 331.

dieser Klage erforderlichen Rechtsstreite eine Unterhaltsregelung durch einstweilige Verfügung nicht möglich ist. Es fragt sich nun, ob für den vorliegenden Fall auch abgesehen von § 627 C.P.O. nicht die allgemeine Vorschrift des § 940 C.P.O. über einstweilige Verfügungen entsprechend in Anwendung zu bringen sind [1]). Es kann als unbillig empfunden werden, wenn eine Frau, die ohne Scheidungsabsicht auf Herstellung klagt, ungünstiger gestellt ist als die auf Scheidung klagende Frau, wo das Gesetz doch im Ganzen der Aufrechterhaltung der Ehe größere Gunst bezeigt als ihrer Lösung. — Entscheidend wird die nach freiem richterlichen Ermessen zu prüfende Frage sein, ob für unsern Fall ein Bedürfnis besteht, dem Verlangen der Frau auf alsbaldige, wenigstens vorläufige Entscheidung über ihren Unterhaltsanspruch durch Gewährung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben. Wird diese Frage vom Richter bejaht — worüber nach Lage der Sache kaum ein Zweifel obwalten dürfte, da es in der Tat einen wesentlichen Nachteil für die Frau mit sich bringt, wenn ihr der Unterhalt versagt wird —, so sind dann auch die Voraussetzungen des § 940 C.P.O. gegeben.

Erscheint hiernach eine einstweilige Verfügung begründet, so wird der Richter sie zweckmäßig etwa in der Form erlassen, daß dem Manne aufgegeben wird, für die Dauer des Rechtsstreites bezw. der unfreiwilligen Abwesenheit des Mannes einen dem in § 1360 I aus-

---

1) Jaeger S. 254 sagt, daß auch abgesehen von § 627 C.P.O. die Unterhaltspflicht oder ein anderes mit Rücksicht auf seinen dauernden Charakter als „Zustand" im Sinne des § 940 C.P.O. aufzufassendes Schuldverhältnis bis zur Entscheidung über die Dauerpflicht selbst durch einstweilige Natural- oder Geldleistung gebietende Verfügung geregelt werden kann. Vergl. die dort zitierten Entscheidungen des R.G.: 9, 280; 27, 429.

gesprochenen Grundsatze entsprechenden Geldbetrag, sofort auf 3 Monate vorauszahlbar und sich nötigenfalls für einen weiteren Zeitraum desselben Umfangs erneuernd, — Geldrente — zu leisten.

Damit ist aber der Schutz gewährleistet, auf den die Frau trotz einer im Gesetze vorhandenen Lücke billigerweise Anspruch erheben darf.

II. Der Anspruch unter Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts.

Bisher ist die Unterhaltsverbindlichkeit des Mannes gegenüber seiner Frau als eine der vermögensrechtlichen „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen“ gekennzeichnet worden, ohne daß die rechtlichen Beziehungen berücksichtigt worden sind, in die die Vermögensmassen der Gatten nach den Bestimmungen des ehelichen Güterrechts zueinander treten können. Im folgenden soll noch kurz geprüft werden, ob die güterrechtlichen Vorschriften die Unterhaltsverbindlichkeit des Mannes beeinflussen. Diese Prüfung hat nach dreierlei Richtung hin zu erfolgen. Es ist zu untersuchen:

1. ob die Bestimmungen, die vom ehelichen Aufwand handeln und die mit den Unterhaltvorschriften der §§ 1360, 1361 in nahen Beziehungen stehen, auf die Verbindlichkeit des Mannes schlechthin einwirken;

2. welche Bedeutung die verschiedenen Gütermassen, denen der Mann die Mittel zum Unterhalte zu entnehmen berechtigt ist, für die Erfüllung der Verbindlichkeit haben;

3. welche Vorschriften das Güterrecht zum Schutze des Unterhaltsanspruches der Frau aufstellt.

§ 5.

Die Bedeutung der Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber seiner Verpflichtung zur Tragung des ehelichen Aufwands.

A. Begriff und Umfang des ehelichen Aufwands.

Die Unterhaltsverbindlichkeit des Mannes begegnet uns erneut in den Vorschriften des ehelichen Güterrechts und zwar in seiner Verbindlichkeit, den ehelichen Aufwand zu tragen. Bei dem gesetzlichen Güterstande (§ 1389 I) und dem der Gütertrennung (§ 1427 I) wird diese Verbindlichkeit ausdrücklich dem Manne auferlegt, bei den gütergemeinschaftlichen Güterständen „fällt" der eheliche Aufwand zwar dem Gesamtgute „zur Last" (§§ 1458, 1529, 1549), in Wirklichkeit trägt ihn aber auch hier der Mann, da ihm die volle Verfügungsgewalt über das Gesamtgut zusteht[1]). Die Tatsache, daß der Mann diese Lasten zu tragen hat, entspricht einmal seiner ihm vom Gesetze eingeräumten Stellung als berufener Vertreter der Familie in allen Angelegenheiten, weiter aber auch der Ansicht, daß der Mann für die Vorteile, die er aus dem Frauenvermögen hat, eine entsprechende Gegenleistung bieten soll. — Was den Begriff „ehelicher Aufwand" selbst anlangt, so hat ihn das Gesetz nicht näher bestimmt. „Solche Bestimmung wäre, ohne in eine schädliche Kasuistik zu verfallen," wie die Motive[2]) sagen, „unmöglich gewesen". Allgemein läßt sich der Begriff etwa dahin bestimmen, daß darunter die Summe aller der Ausgaben zu verstehen ist, die nötig sind,

1) Wieruszowski S. 63 Anm. 13a.
2) Mot. IV 514.

um die Kosten, die eine Ehe[1]) mit sich bringt, zu decken.

Der Umfang des ehelichen Aufwands läßt sich zum Teil aus dem Gesetze selbst entnehmen und zwar aus der Vorschrift des § 1389 II. Darnach umfaßt er den dem Manne zukommenden und den der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu gewährenden Unterhalt, wobei zu beachten ist, daß den letzteren die nach § 1699 als ehelich geltenden Kinder aus nichtiger Ehe, die durch nachfolgende Ehe legitimierten (§ 1719) und die von den Gatten gemeinschaftlich an Kindesstatt angenommenen Kinder gleichzustellen sind. Damit ist der Eheaufwand aber noch nicht erschöpft. Außer den dem Begriffe Unterhalt zu unterstellenden Aufwendungen für die persönlichen, materiellen wie geistigen Bedürfnisse der Gatten sind hierher auch Ausgaben für wirtschaftliche Zwecke (Gesindedienstlohn, Haushaltungskosten, Schulden, die die Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357) durch Abschluß von Rechtsgeschäften innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises kontrahiert hat) und für soziale Zwecke (Geselligkeiten, Wohltätigkeitsveranstaltungen) zu rechnen. Weiter zählen Leistungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen und nicht widerrufen werden können sowie Gewährungen, welche auf der Verpflichtung zur Leistung einer Aussteuer oder Ausstattung beruhen,

---

1) Aus dieser Ausdrucksweise erhellt, wie auch in einer Entscheidung des R.G. v. 27. V. 07 zit. in J.W. 37. Jhrg. Nr. 4 S. 110 u. a. ausgeführt wird, daß „unter ehelichem Aufwande nicht bloß der durch die tatsächliche Ausübung der ehelichen Gemeinschaft, sondern schlechthin der durch den Bestand der Ehe verursachte Aufwand zu verstehen sei". Der eheliche Aufwand leidet also durch ein tatsächliches Getrenntleben der Gatten, sei es berechtigter oder unberechtigter Art, schlechthin keine Einschränkung.

zu den ehelichen Ausgaben. Eine erschöpfende Aufzählung aller hierher gehörigen Aufwendungen ist natürlich nicht möglich. Was im Einzelfalle noch alles unter den Eheaufwand fällt, und von diesem Gesichtspunkte aus bestritten werden muß, wird unter Berücksichtigung der ehelichen Vermögens- und Standesverhältnisse der Bestimmung des Mannes, dem gemäß § 1354 die Entscheidung über alle das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht, überlassen bleiben müssen.

B. Das Verhältnis der Unterhalts- zu den Aufwandsvorschriften.

Wie soeben festgestellt ist, gehört zum ehelichen Aufwande u. a. auch der vom Manne der Frau zu leistende Unterhalt. Eine Gegenüberstellung der Vorschriften über den Unterhalt mit denen über den ehelichen Aufwand läßt zunächst den Gedanken aufkommen, daß das Gesetz die bereits in § 1360 geregelte Unterhaltsverbindlichkeit des Mannes in seiner Verpflichtung, den ehelichen Aufwand zu tragen, erneut und unter anderen, etwa güterrechtlichen Gesichtspunkten geordnet haben könnte. Denn: nach § 1360 hat der Mann der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung und seiner Leistungsfähigkeit Unterhalt zu gewähren; wird er vermögenslos oder erwerbsunfähig, so entfällt seine Verpflichtung für die Dauer des unvermögenden Zustandes. Nach §§ 1389 und 1427 Abs. 1 hat der Mann den ehelichen Aufwand zu tragen. Diese Verpflichtung macht das Gesetz ausdrücklich von einer durch Vermögen und Erwerbsfähigkeit gegebenen Leistungsfähigkeit nicht abhängig. Man könnte hieraus schließen, daß die Unterhaltspflicht gegenüber der Frau als eine von der Leistungsfähigkeit

des Mannes ganz unabhängige Pflicht anzusehen wäre und daß sie auch für den Fall des Unvermögens des Mannes nicht außer Kraft treten würde. Damit aber würde sich das Gesetz in unmittelbaren Widerspruch zu § 1360 bringen. Das kann natürlich nicht beabsichtigt sein. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer und wird von selbst hinfällig, wenn man in Erwägung zieht, daß der Gesetzgeber für den Inhalt der in § 1360 normierten Unterhaltspflicht dadurch, daß er sie zum Bestandteil der Aufwandspflicht macht, durchaus nichts Neues vorschreiben will. Die Verbindlichkeit aus § 1360 soll durch die Aufwandsvorschriften weder eine Einschränkung noch eine Erweiterung erfahren.

Die eigentliche Bedeutung der beiden Gruppen von Vorschriften liegt vielmehr darin, daß die Aufwandsnormen den Bestimmungen des Güterrechts eingereiht sind und als solche gemäß § 1432 nach dem Belieben der Gatten durch Ehevertrag abgeändert werden können, während die Unterhaltsvorschriften zwingendes Recht enthalten und einer anderweiten Regelung durch Ehevertrag nicht zugänglich sind. Es läßt sich denken, daß die Gatten im Ehevertrage vereinbaren, die Frau solle die Ehelasten ganz oder zum größten Teile übernehmen. Eine solche Vereinbarung würde natürlich die Pflicht des Mannes aus § 1360 nicht beseitigen können; denn diese Vorschrift bleibt schlechthin unberührt. Eine vertragliche Abänderung der Aufwandspflicht kann nach alle dem nur insoweit für zulässig erachtet werden, als sie die Unterhaltspflicht nicht umfaßt[1]). Das besagt auch der Wortlaut des § 1432, wo es heißt: „Die Ehegatten

1) Staudinger (zu § 1389) hält schlechthin eine Vereinbarung der Gatten, wodurch der Inhalt des § 1389 abgeändert wird, als dem Wesen der Ehe widerstreitend und daher gemäß § 138 für nichtig.

können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln". Das Verhältnis der beiden Vorschriftengruppen zueinander kennzeichnet Wieruszowski[1]) in gleicher Weise mit folgenden Worten: „So ist die Bedeutung der §§ 1360, 1361 neben den Vorschriften der §§ 1389, 1427, 1458, 1529 und 1549 darin zu finden, daß der durch die gesetzlichen Unterhaltsverbindlichkeiten des Mannes gegen die Frau begründete Pflichtenkreis den festen und unabänderlichen Teil desjenigen Pflichtenbereiches bildet, der sich aus den Vorschriften über die Bestreitung des ehelichen Aufwands ergibt".

§ 6.

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht und die Gütermassen.

Der Inhalt der in § 1360 normierten Unterhaltsverbindlichkeit des Mannes wird, wie dargelegt, durch die güterrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Aufwandvorschriften, in keiner Weise beeinflußt. Diese Bestimmungen sind aber doch nicht ohne Bedeutung für die Erfüllung der Pflicht des Mannes und zwar um deswillen nicht, weil ihm zu diesem Zwecke bei jedem Güterstande verschiedene Gütermassen zur Verfügung stehen. Die Erfüllung der Unterhaltspflicht richtet sich gemäß § 1360 I vor allem nach dem „Vermögen" des Mannes, der Quelle, aus der er die Mittel zum Unterhalte schöpft. Dieses aber hat bei jedem Güterstande eine andere rechtliche Zusammensetzung, des tatsächlichen Bestandes für den Einzelfall ganz ungeachtet. Denn unter „Vermögen" im Sinne des § 1360 I ist nicht allein das Stammvermögen und

1) Wieruszowski S. 66.

Berufseinkommen zu verstehen, sondern es gehören hierher auch die Einnahmen, die dem Manne zur Tragung des Eheaufwands und somit auch zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aus dem Frauenvermögen zufließen, sei es auf Grund des ihm daran zustehenden Nutznießungsrechtes, sei es auf Grund eines besonderen Beitrags der Frau oder aber einer vereinbarten Gütergemeinschaft. Welchem Bestandteile dieses so zusammengesetzten Vermögens er die erforderlichen Mittel zum Unterhalte entnehmen will, schreibt ihm das Gesetz, abgesehen von der Vorschrift des § 1389 II, nicht vor. Für alle Güterstände aber ist festzuhalten, daß er bei unzureichendem Frauensondergut bezw. Beitrage oder Gesamtgut mit seinem Eigenvermögen bezw. Sondergut im Rahmen seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht voll haftet.

a) Beim gesetzlichen Güterstande steht ihm am eingebrachten Gute seiner Frau das Nutznießungsrecht zu, kraft dessen er die Nutzungen des Frauengutes in derselben Weise und demselben Umfange wie ein Nießbraucher erwirkt (§§ 1363, 1383). Weiterhin gehören ihm die Erträgnisse, die die Frau durch ihre Arbeit in seinem Geschäfte, sei es in oder außer dem Hause, soweit sie überhaupt gemäß § 1356 II zu solcher Arbeitsleistung verpflichtet ist, erwirbt. Schließlich hat die Frau noch einen Beitrag zu den Aufwandslasten zu leisten, allerdings nur insoweit, als der Mann nicht schon durch die Nutzungen des eingebrachten Gutes einen angemessenen Beitrag erhält. (§ 1371.) Ist das Eingebrachte also unzureichend, oder fehlt es gar, so muß das Vorbehaltsgut einspringen, um das Fehlende zu decken.

b) Bei Gütertrennung vermindern sich die Einnahmen des Mannes um den Betrag der Nutzungen des eingebrachten Gutes, da die Frau bei diesem

Güterstande ihr Vermögen allein verwaltet und dementsprechend auch die Erträgnisse davon allein bezieht. Sie ist aber nach § 1427 II gehalten, dem Manne einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes zu leisten. Besonderes hat noch für den Fall zu gelten, daß der Mann mit einer beschränktgeschäftsfähigen Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 1364) und ohne elterliche Einwilligung (§ 1661) die Ehe eingeht. Solchenfalls wird der Beitrag der Frau um die Einkünfte ihres Vermögens vermindert, weil sie diese infolge der den Eltern verbleibenden Nutznießung an ihrem Vermögen nicht beziehen kann. — Es wird die Regel sein, daß die Frau dem Manne ihr Vermögen tatsächlich zur Verwaltung überläßt. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz zu Gunsten des Mannes, daß er die Einkünfte, die er während der Verwaltung des ihm überlassenen Frauengutes bezieht, nach freiem Ermessen verwenden kann (§ 1430). Allerdings wird dieses sein „freies Ermessen“ weiter dadurch eingeschränkt, daß er die Verwendung in erster Linie zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit der Frau machen muß, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten wird. Dazu gehört aber auch ihre Beitragspflicht aus § 1427 II. Hiermit wird dem Manne mittelbar ein Fingerzeig für die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegeben.

c) Ist zwischen den Gatten allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, so steht dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten das Gesamtgut zur Verfügung (§ 1458). Wenn auch formell diesem der eheliche Aufwand zur Last fällt, so haftet doch, wirtschaftlich betrachtet, der Mann für diese Kosten persönlich, da er das Gesamtgut frei und unverantwortlich verwaltet (§ 1456).

Weiter aber schreibt das Gesetz für die Frau eine Beitragspflicht aus den Einkünften ihres Vorbehaltsgutes, wenn auch in engeren Grenzen wie bei der Gütertrennung, vor (§ 1441): darnach hat die Frau nämlich einen Beitrag nur insoweit zu leisten, als die in das Gesamtgut fallenden Einkünfte zur Bestreitung des Eheaufwandes nicht ausreichen. Wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine Beitragspflicht des Mannes aus den Einkünften seines möglicherweise vorhandenen Vorbehaltsgutes vorsieht, so erklärt sich das daraus, daß der Mann, wie erwähnt, bei unzureichendem Frauengute für den Eheaufwand jederzeit mit seinem Eigenvermögen zu haften hat. Es kann sonach in der Beitragspflicht der Frau eine Benachteiligung für sie gegenüber dem Manne nicht gefunden werden.

d) Bei der Errungenschaftsgemeinschaft, während deren Dauer aller Erwerb der Gatten Gesamtgut wird, stehen dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten — formell trägt diese Lasten auch hier das Gesamtgut (§ 1529) — folgende Vermögensmassen zur Verfügung: das Gesamtgut, die in dieses fallenden Nutzungen seines und seiner Frau eingebrachten Gutes und ein Beitrag der Frau aus ihrem Vorbehaltsgute, der aber im Gegensatze zu der Bestimmung des § 1447 nicht ein beschränkter, sondern ein „angemessener“ ist (§§ 1526, 1447).

e) Das soeben Ausgeführte gilt in gleicher Weise bei der Fahrnisgemeinschaft, nur umfaßt bei dieser Gemeinschaft das Gesamtgut außer der Errungenschaft noch das bewegliche Vermögen der Gatten.

Ein Rückblick auf die vorstehenden Ausführungen zeigt, daß das Güterrecht dem Manne dadurch, daß es die Heranziehung des Frauengutes zur Bestreitung der Aufwands- und somit auch Unterhaltskosten, sei es in Form der Nutznießung oder des Bei-

trags, oder aber der Gesamtgutsverwaltung gestattet, die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht wesentlich erleichtert. Von der konkreten Beschaffenheit der verschiedenen Vermögensmassen wird natürlich auch der Umfang des im Einzelfalle zu leistenden Unterhalts abhängig sein.

§ 7.

Schutzvorschriften für den Unterhaltsanspruch der Frau.

Das Güterrecht gibt zu Gunsten des Unterhaltsanspruches der Frau eine Reihe von Schutzvorschriften, die teils der Gefahr, daß der Mann die aus dem Frauenvermögen gezogenen Nutzungen zu anderen als zu Unterhaltszwecken verwendet, vorbeugen sollen, teils eine Pflichtverletzung des Mannes und eine künftige erhebliche Gefährdung des Unterhalts durch ihn damit ahnden sollen, daß ihm die Verwaltung und Nutznießung am eheweiblichen Vermögen entzogen, bezw. der Beitrag der Frau vorenthalten wird.

a) Im gesetzlichen Güterstande handelt es sich um die Rechtsschutzvorschriften der §§ 1389 II und 1418 Ziff. 2. Die erste von diesen Bestimmungen gibt der Frau das Recht, zu verlangen, daß der Mann den Reinertrag[1]) des eingebrachten Gutes, soweit dieser zur Bestreitung des eigenen und des der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu gewährenden Unterhalts erforderlich ist, ohne Rücksicht auf seine sonstigen Verpflichtungen zu diesem Zwecke verwendet. Der Gesetzgeber rechnet hier mit der Möglichkeit, der Mann könne die Nutzungen des Eingebrachten in zweckwidriger und den Unterhalt der Frau beein-

1) Gemeint ist der wirkliche Reinertrag, nicht der Ertrag, den der Mann bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen können.

trächtigender Weise für seine persönlichen Bedürfnisse oder zur Bezahlung alter Schulden verwenden. Die Nutzungen des Eingebrachten gehen an sich in das Eigentum des Mannes über und sind damit seiner freien Verfügung unterworfen. Es steht demnach an sich auch nichts im Wege, daß er die ihm zur Verfügung stehenden Mittel mit zur Berichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten verwendet. Dieses sein Verfügungsrecht wird aber hinfällig, sobald die Frau die Verwendung des Reinertrags zur Bestreitung des Familienunterhaltes fordert. Die tatsächliche Verwendung zu diesem Zwecke wird dem Manne durch die Vorschrift des § 850 Ziff. 2 C.P.O. ermöglicht, wonach der Unterhaltsanspruch der Frau der Pfändung seitens der Gläubiger des Mannes nicht unterworfen ist.

Die praktische Bedeutung des § 1389 II liegt entsprechend dem Zwecke der Verwaltungsgemeinschaft in dem Rechte der Frau, zu verlangen, daß der Reinertrag des Eingebrachten, soweit erforderlich, ausschließlich dem Familienunterhalte zur Verfügung steht, daß also der Mann seine „sonstigen Verpflichtungen“ außer Acht lassen, namentlich die Begleichung drängender Schulden, die nach der allgemeinen Vorschrift des § 1360 bei seiner Leistungsfähigkeit mindernd zu berücksichtigen sind [1]), schlechthin ablehnen muß, will er sich nicht einer Verletzung seiner Unterhaltspflicht schuldig machen. Nach § 1360 würde es noch keine Verletzung der Unterhaltspflicht bedeuten, wenn der Reinertrag ein ausreichender wäre, der Mann aber soviel Schulden hat, daß nach deren Abzug vom Reinertrage für den Unterhalt nicht genügend übrig bleibt [2]).

---

1) Vergl. o. S. 23.

2) Vergl. auch Planck zu § 1389.

Was die Geltendmachung dieses Frauensonderrechts anlangt, so ist sie nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1394 S. 2 anders wie die Geltendmachung der übrigen der Frau auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehenden Ansprüche jederzeit, also vor Beendigung der Verwaltungsgemeinschaft möglich.

Die nächste Frage wird sein, ob der Frau dies Sonderrecht außer für den Fall des ehelichen Zusammenlebens auch für die Fälle des Getrenntlebens zusteht. Die Pflicht des Mannes aus § 1389 I und damit auch die aus dieser Pflicht herzuleitende Berechtigung der Frau aus § 1389 II wird durch das tatsächliche Getrenntleben der Gatten nicht berührt. § 1389 gilt insoweit gleichmäßig für §§ 1360 und 1361. Liegt aber der Tatbestand des § 1361 nicht vor, leben die Gatten also ohne rechtlich anerkannten Grund getrennt, so hat hinsichtlich des Sonderrechts der Frau ein Zweifaches zu gelten:

1. Verweigert die Frau grundlos die Herstellung des ehelichen Lebens, so kann sie während der Dauer dieses ihres unrechtmäßigen Verhaltens vom Manne Unterhalt überhaupt nicht beanspruchen[1]). Das Sonderrecht aus § 1389 II hat aber accessorischen Charakter, es setzt das Bestehen des Unterhaltsanspruches voraus. Solange dieser also nicht besteht, wird auch das Verlangen der Frau aus § 1389 II, soweit es den Unterhalt für ihre Person betrifft, nicht berücksichtigt werden können.

2. Ist der Mann der die Herstellung des ehelichen Lebens zu Unrecht verweigernde Teil, so ist für die Frau, wie oben ausgeführt, ein Anspruch aus § 1360

---

1) Vergl. o. S. 42.

oder § 1361 nicht begründet, ihr Begehren kann aber bis zur Entscheidung über die von ihr anzustrengende Herstellungsklage im Wege einstweiliger Verfügung geregelt werden. Analog wird auch der im gesetzlichen Güterstande lebenden Frau, die auf Grund ihres Sonderrechts gegen ihren Mann jederzeit auf Erfüllung seiner Aufwandspflicht klagen kann, auf ihren mit dieser Klage zu stellenden Antrag hin eine einstweilige Verfügung bewilligt werden müssen, in der die Aufwandspflicht des Mannes, soweit sie seine Fürsorgepflicht gegenüber der Frau betrifft, ziffernmäßig festgesetzt wird.

Stärkeren Schutz noch als § 1389 II gewährt der Frau zur Sicherung ihres Unterhaltsanspruches gegen Mißwirtschaft oder Pflichtwidrigkeit des Mannes die ihr in § 1418 Ziff. 2 gegebene Befugnis, auf Aufhebung der Verwaltungsgemeinschaft zu klagen. Die Voraussetzungen für diese Befugnis liegen vor, wenn der Mann seine Unterhaltspflicht schon gegenüber der Frau [1]) verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. Der Rechtsschutz des § 1418 geht insofern über den des § 1389 II hinaus, als die Frau dort auf Aufhebung klagen kann, wenn der wirkliche Reinertrag des Eingebrachten den Betrag nicht erreicht, der bei ordnungsmäßiger Verwaltung und Nutznießung ihr und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zukommen würde.

b) Auch im Güterstande der Gütertrennung wird der Frau — allerdings unter notwendig anderen Voraussetzungen als beim gesetzlichen Güterstande — ein

---

1) Eine Verletzung seiner Pflicht gegenüber der Frau und zugleich den Abkömmlingen wird nicht erfordert; man würde andernfalls der Frau, wenn nur ihr Anspruch verletzt wird, die Klagbefugnis versagen müssen.

Rechtsschutz gegeben, der sie davor sicher stellen soll daß der Mann den ihm von der Frau geleisteten Aufwandsbeitrag zu anderen als ehelichen Zwecken verwendet. § 1428 gibt der Frau nämlich ein Selbsthilferecht. Sie darf ohne Anrufung des Richters bei der Besorgnis erheblicher Gefährdung ihres und der gemeinsamen Abkömmlinge Unterhalts den Beitrag, soweit er zur Bestreitung des Unterhalts erforderlich ist, zur eigenen Verwendung zurückbehalten.

c) Derselbe Gedanke, auf welchem die bisher angeführten Schutzbestimmungen beruhen, liegt schließlich noch der für die gütergemeinschaftlichen Güterstände gegebenen Vorschrift des § 1468 Ziff. 3 zu Grunde, nach der die Frau unter den Voraussetzungen des § 1418 Ziff. 2 S. 1 auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann, um sich dadurch in den Stand zu setzen, selbst für ihren und der gemeinsamen Abkömmlinge Unterhalt zu sorgen.